



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO

LA NOCIÓN DE *PARRHESÍA* DENTRO DE LA PRÁCTICA JUDICIAL

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

VIOLETA CATALINA PURÁN ROSAS

Profesor guía:

Ricardo Camargo Brito

Santiago de Chile. 2019.

Agradecimientos

Quiero agradecer al profesor Ricardo Camargo por permitirme trabajar como tesista de su Fondecyt y por apoyarme al decidir tratar un tema un tanto extraño y poco explorado como lo es el de la parrhesía en la práctica judicial. Agradezco a Julio Cortés por acompañarme durante estos años en el trabajo académico –y no académico–, por su acuciosidad y constante ayuda en la corrección y edición preliminar de esta memoria, por sus palabras de ánimo perennes y su confianza en mí, y sobre todo, por su amor y amabilidad. Asimismo, tengo palabras de aprecio a los que han sido o son ayudantes de Introducción al Derecho y Teoría Social, todos los cuales directa e indirectamente me han ayudado a crecer y a forjarme intelectualmente, a tener perspectiva y crítica frente a cada tema, a ironizar y a contagiarme el ímpetu de seguir explorando tópicos a veces muy lejanos a los que en esta Facultad suelen desarrollarse. También agradezco a Francisco Urtubia, por su minuciosa lectura preliminar de esta memoria, por su amistad y por su interés en mi trabajo. Finalmente, deseo dar las gracias a mi familia. A mi abuela, por todo lo que me ha entregado y por su permanente constancia y cariño durante estos cinco años de carrera; a mi abuelo por toda la felicidad que me ha dado y por hacerme sentir la persona más amada; a mi hermano Alonso y a David, por la eterna alegría y despreocupación que a veces es tan necesaria. Por último, quiero agradecerle a Marcela, mi mamá, por su inquebrantable rigurosidad que me ha infundido el valor de enfrentar las peores caídas, por amarme a pesar de nuestras distancias insalvables y por confiar en mí.

“(...) la puerta de acceso a la Ley permanece abierta, como siempre”

- Franz Kafka.

“(...) las protagmas de la ley no pueden ser *planteadas* más que en la escritura (*en grammasi técenta*). La nomotesis es engramática. El legislador es un escritor. Y el juez es un lector”

- Jaques Derrida.

Índice

RESUMEN	9
INTRODUCCIÓN	11
PARTE I. PERSPECTIVAS TEÓRICAS SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA PARRHESÍA.....	17
CAPÍTULO 1. CONCEPTUALIZACIÓN	18
1.1 <i>Aproximaciones a la parrhesía.....</i>	<i>18</i>
1.2 <i>Características de la parrhesía</i>	<i>23</i>
a) La parrhesía como virtud, deber y técnica.....	23
b) Parrhesía no corresponde a un decir demostrativo, retórico, pedagógico o incitador de la discusión.	23
c) La parrhesía corresponde a una modalidad de decir veraz vinculada con el <i>ethos</i>	24
d) La parrhesía no es un enunciado realizativo	25
e) Requisitos de constitución de la parrhesía.....	27
1.3 <i>Hacia una clasificación de la parrhesía: parrhesía política, parrhesía filosófica y parrhesía judicial</i>	<i>29</i>
a) Parrhesía política	29
b) Parrhesía filosófica (o ética).....	31
c) Parrhesía judicial.....	32
CAPÍTULO 2. DECISIÓN JUDICIAL Y PARRHESÍA.....	37
2.1 <i>El Derecho como una forma jurídica, como un discurso y como un dispositivo</i>	<i>38</i>
a) La influencia del poder en el derecho	38
b) El derecho como una forma jurídica.....	41
c) El derecho como un discurso y un dispositivo.....	45
d) Procedimientos de exclusión que contiene el discurso del derecho	46
i) Procedimientos de exclusión externos en el derecho	47
ii) Procedimientos de exclusión internos en el derecho.....	48
iii) Procedimientos que seleccionan a los sujetos que pueden hablar	50
2.2 <i>La adjudicación judicial y las doctrinas del derecho.....</i>	<i>51</i>
2.3 <i>Sobre los casos difíciles y la justicia</i>	<i>58</i>
2.4 <i>La parrhesía (judicial) en la decisión judicial</i>	<i>60</i>
CAPÍTULO 3. LA IMPORTANCIA DE LA PARRHESÍA DENTRO DEL DISCURSO JUDICIAL	66
PARTE II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA PARRHESÍA JUDICIAL	69
CAPÍTULO 1. CRITERIOS PARA LA SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA	70
1.1 <i>Aspectos procesales de la jurisprudencia a analizar.....</i>	<i>70</i>
1.2 <i>Importancia del periodo elegido en base al contexto político, académico e institucional que le precedió</i>	<i>75</i>
CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.....	88
2.1 <i>Sentencias relacionadas con la vida e integridad de las personas.....</i>	<i>88</i>

a) Caso “La Cañamera”	88
b) Caso “Juan Silva con Dirección General de Gendarmería”	94
c) Caso “Medicamento para la Atrofia Muscular Espinal”	99
2.2 <i>Sentencias relacionadas a la igualdad ante la ley e igual derecho al ejercicio de derechos</i>	103
a) Caso “Blue Ocean Sea Food S.A. con Subsecretario de pesca y Comisión de Adjudicación de la Subasta de los Permisos Extraordinarios de Pesca del bacalao”	103
b) Caso “Municipalidad de Antofagasta con Contraloría Regional”	108
c) Caso “Bernardo Castillo y otra contra Servicio de Registro Civil e Identificación”	112
2.3 <i>Sentencias relacionadas a la propiedad y la indemnización por expropiación</i>	116
a) Caso “Elia Quintana y otros contra Servicio Agrícola y Ganadero”	116
b) Caso “Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola Ganadero”	119
c) Caso “Ciclovía en Rancagua”	123
2.4 <i>Conclusiones del capítulo</i>	128
CONCLUSIONES	133
BIBLIOGRAFÍA	139
DOCTRINA	139
JURISPRUDENCIA	144

RESUMEN

El tema principal de esta memoria es sobre la parrhesía en la práctica judicial. Para el desarrollo de este tópico, esta tesis partirá basándose en la problemática de que los jueces no solo operan siempre de forma imparcial, obedeciendo al estricto marco legal, sino que también pueden atender a criterios extrajurídicos cuando actúan con coraje. Por ello se propondrá, a modo de hipótesis, que la noción de parrhesía ayuda a clarificar este problema. Ello debido a que nos entrega una aproximación a través de la cual el adjudicador, al deliberar con coraje, se constituye como un tipo de juez que mira más allá de lo legal para decidir, pues, dadas las circunstancias de un caso, cuestiones como la verdad, la justicia y el merecimiento de reproche adquieren relevancia.

Con este propósito, esta memoria se estructurará en dos partes. En la primera, se desarrollará un marco teórico-metodológico en base al cual se conceptualizará a la parrhesía. También se verá cómo esta noción se desarrolla en la práctica judicial, razón por la que se conceptualizará qué se entiende por derecho, por decisión judicial y por caso difícil. Finalmente, en la primera parte se indicarán las razones por las cuáles es relevante estudiar la parrhesía. En cuanto a la segunda parte, esta buscará analizar casos concretos en los que puede evidenciarse enunciados parrhesiásticos.

Cabe señalar que, si bien el tema principal es la parrhesía, este concepto se nutre de discusiones en torno al comportamiento judicial y la justicia, de modo tal que esta memoria no solo trata de un concepto dentro de un contexto, sino que también se refiere a qué se entiende por derecho, cuál es la relevancia de la justicia no mediada por lo jurídico y por qué es importante entender la decisión judicial no como subsunción, sino como juzgamiento.

Palabras clave: Parrhesía – Justicia – Derecho – Decisión judicial – Caso Difícil.

INTRODUCCIÓN

Uno de los presupuestos básicos del Estado de Derecho es que todos seamos juzgados por órganos imparciales, lo cual implica –entre otras cosas– que no nos discriminen arbitrariamente, que se evite cualquier influencia que no provenga del marco legal o que no existan preferencias. La imparcialidad en nuestro sistema jurídico es tan importante que incluso podríamos afirmar que la noción de justicia depende –en gran medida– de este presupuesto.

Desde esta perspectiva, la imparcialidad es un requisito necesario para el mantenimiento del Estado de Derecho, de modo tal que la jurisdicción y –en definitiva– el trabajo del juez, debe ajustarse a dichos límites. No obstante a ello, la importancia por la imparcialidad que existe en nuestro mundo moderno no es categórica ni absoluta, pues muchas veces se ve sobrepasada por el coraje de decir la verdad que pueden ejercer los jueces en la adjudicación, el cual será el tema principal que pretende desarrollar esta memoria.

El coraje de decir la verdad –o coraje de la verdad simplemente–, en términos muy sencillos, es aquel enunciado en virtud del cual el hablante, para decir la verdad sobre algo, asume un riesgo indeterminado. Este riesgo no solo consiste en realizar una afirmación en la que se cuestiona a una persona o a una idea, razón por la cual se pueden generar conflictos con el interlocutor, sino también se pone en riesgo el propio hablante al enunciar su decir¹. Este coraje de la verdad, por otra parte, es un requisito básico de un término que será fundamental en esta tesis, pues es un elemento que constituye a la parrhesía.

La parrhesía, por su parte, es una noción que aparece explícitamente en la obra de Eurípides², y que también es un término muy asociado a Sócrates, en razón a que puede plantearse a este filósofo como el típico parrhesiastés ético de la edad antigua³. Junto con ello, la

¹ Véase Michel Foucault, *El coraje de la verdad: el gobierno de sí y de los otros. Curso en el Collège de France (1983-1984)* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010), 41. En la primera hora de la clase del 1 de febrero de 1984, Michel Foucault comienza a caracterizar a la parrhesía, señalando que “para decir la verdad, no sólo haya que aceptar el cuestionamiento de la relación personal, amistosa que uno pueda tener [con aquel] a quien habla, sino que hasta puede suceder que se vea en la necesidad de arriesgar su propia vida” (*Ibid.*).

² Véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 49-50. En la primera hora de la clase del 8 de febrero de 1984, Michel Foucault muestra los antecedentes más antiguos de la parrhesía, señalando que “la palabra parrhesía se atestigua por primera vez en textos de Eurípides (...) el término aparecía para designar el derecho a hablar” (*Ibid.*).

³ Véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 49-130. Este autor en la segunda y tercera clase desarrollada en el Collège de France, correspondientes a los días 8 y 15 de febrero de 1984, nos muestra la parrhesía inserta en el discurso Socrático, la cual no solo se manifiesta con sus características típicas, que más adelante se desarrollarán; sino también habla de un tipo particular de parrhesía: la parrhesía ética, la cual está íntimamente ligada con el método socrático y con la idea del cuidado de sí.

parrhesía ha sido ampliamente desarrollada por Michel Foucault, particularmente gracias a sus últimos cursos dictados en el Collège de Francia.

Esta exploración que realiza Michel Foucault se centra fundamentalmente en el desarrollo de la noción de la vida verdadera, en virtud de la cual reaparece el problema del sujeto en su obra, como un ser que puede hacer de su vida algo que merece la pena, más allá de la disciplina y el control. En este sentido, la parrhesía aparece como la posibilidad del sujeto de decir la verdad sobre algo; sobre algo que ya se encuentra entrañado en un discurso, sobre algo que necesariamente implicará un riesgo indeterminado para quien lo enuncia. La parrhesía, por lo mismo, es posible asociarla a la labor de la crítica que plantea Foucault a lo largo de su obra, pero también puede asociarse a la idea de resistencia, es decir, a la idea de desobedecer políticamente al poder, en tanto con la enunciación de una verdad se entra en disputa con un discurso y se pone en riesgo al propio hablante.

A partir de lo anterior, se puede asociar la parrhesía con la política, si pensamos, por ejemplo, en la labor de los y las revolucionarias al desujetarse del antiguo régimen, del régimen zarista, del capital o del patriarcado. Sin embargo, la parrhesía no solo la encontramos a través de prácticas tan explícitas, sino que también opera en un nivel ético, en donde cada uno de nosotros, frente a un interlocutor, es capaz de decir la verdad sobre sí, o sobre algo que cree verdadero. En este último sentido, igualmente se corren riesgos indeterminados, los cuales si bien no están ligados directamente con la pérdida de la vida, si están relacionados con la pérdida del honor, de la palabra, de la dignidad, de la sabiduría o del conocimiento legal.

Ahora bien, a pesar de que la noción de parrhesía puede ser un término vigente en las ciencias sociales (particularmente porque hay investigación académica en torno a ella), este no es un término explorado en la investigación jurídica. Algunas de las razones que pueden explicar esto son, primero, la complejidad del término y, segundo, el poco desarrollo que hay entre la relación del derecho y la biopolítica, particularmente en nuestro país. Por lo mismo, esta tesis intentará ser un aporte en la investigación académica sobre biopolítica y derecho, que ha sido escuetamente desarrollada y que actualmente está explorándose en Chile gracias a núcleos universitarios de investigación y a proyectos Fondecyt.

En virtud de lo anterior, el tema que desarrollaré en esta tesis se basa en cómo la noción de parrhesía ayuda a explicar algunas ideas acerca de la práctica judicial, entendida esta como toda

actividad que se desarrolla en torno al ordenamiento jurídico. La elección de este tema se debe a que la práctica judicial es vasta y está llena de vicisitudes, siendo una de ellas la naturaleza misma del ordenamiento jurídico, pues este al ser un discurso no está ajeno a la interpretación, la cual es realizada por los distintos agentes que operan en el derecho. Uno de estos agentes es el juez, el cual debe asumir una postura frente al discurso jurídico en la adjudicación o decisión judicial, la que debe obedecer idealmente a razones puramente jurídicas. Sin embargo, existen situaciones – los casos difíciles– en donde lo anterior no siempre ocurre, pues el juez puede actuar con coraje, de modo tal que su decisión puede superar al marco legal.

Entender al derecho como un discurso, aun cuando sea uno jurídico, trae de por sí ciertas implicancias, partiendo de la base que los discursos tienen una voluntad de verdad⁴, que en este caso y dependiendo de la teoría a la que se adscriba, dicha voluntad podría ser una popular, una contractual o una divina, entre otras. Frente a estas voluntades de verdad que contiene un discurso hay una serie de valores, imaginarios, principios, tanto jurídicos como extrajurídicos, que permean al ordenamiento, de modo tal que el juez no resulta ajeno a dicho contenido. En este sentido, el juez en ciertas circunstancias, puede verse compelido a no sujetarse completamente a una interpretación dominante de la ley, o a no ser absolutamente fiel a principios inherentes a todo proceso, de modo tal que la imparcialidad –por ejemplo– puede sobrepasarse..

Por lo anterior, esta tesis lejos de asumir el paradigma de que “[l]os jueces de la nación no son (...) más que la boca que pronuncia las palabras de la ley”⁵, pretende mostrar al juez como un sujeto capaz de proceder con coraje, y por lo mismo, como un individuo que muchas veces emplea parrhesía –entendida muy simplícidamente como decir veraz– en su actuar; la cual se torna conflictiva cuando es desplegada en la decisión judicial. Esto debido a que –llevando el argumento al extremo– puede implicar que el Estado de Derecho, fundamentado en los principios de imparcialidad e independencia, se vea amenazado por el coraje que emplea el juez en su adjudicación.

⁴ Véase Michel Foucault, *El orden del discurso* (Buenos Aires: Fábula, 2004), 11-38. En esta conferencia inaugural que realiza Foucault al integrarse al Collège de Francia resume tópicos básicos de sus trabajos anteriores, proponiendo que en todo discurso hay una voluntad de verdad, que no necesariamente se condice con lo verdadero o lo falso, lo cual permite a este autor plantear, a modo de hipótesis que “en toda sociedad la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar sus poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad” (*ibid.* 14).

⁵ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes* (Buenos Aires: Heliasta, 1984) 112.

Ahora bien, basándome en la problemática de que los jueces⁶ no solo operan siempre de forma imparcial, obedeciendo al estricto marco legal, sino que también pueden atender a criterios políticos y sobre todo éticos cuando actúan con coraje, se planteará, a modo de hipótesis, que la noción de parrhesía ayuda a clarificar este problema. Ello debido a que nos entrega una aproximación a través de la cual el adjudicador, al deliberar con coraje, se constituye como un tipo de juez que mira más allá de lo legal para decidir, pues, dadas las circunstancias de un caso determinado, cuestiones como la verdad, la justicia y el merecimiento de reproche adquieren relevancia y definen la necesidad del juez de actuar con parrhesía. Desde esta perspectiva, se puede plantear que cuando un juez actúa con coraje se transforma en un no-juez en base a un paradigma moderno, pues para deliberar, primero juzga, y luego utiliza el derecho, como una mera herramienta.

Para explicar y analizar la hipótesis, esta investigación se estructura en dos partes que a continuación explico brevemente.

La primera parte se titula «Perspectivas teóricas sobre la decisión judicial y la parrhesía», y se desarrolla en tres capítulos. En el primero se aborda propiamente el significado, caracterización, requisitos y evolución de la noción de parrhesía, dando cuenta de una conceptualización detallada de este término. Además se busca ahondar en la parrhesía de tipo judicial, la cual fue escuetamente desarrollada por Michel Foucault y que actualmente ciertos autores se encuentran trabajándola.

En el segundo capítulo se desarrollará la relación que existe entre la práctica judicial y la noción de parrhesía. Para comenzar, se sostendrá que existe un estrecho vínculo entre la práctica judicial y el discurso jurídico, pues el derecho puede clasificarse como un tipo de discurso, en base al cual la práctica jurídica va limitando la verdad que contiene, ampliándola o restringiéndola, pero siempre actuando dentro de esa verdad. En esta circunstancia, van a haber situaciones –lo que usualmente se denomina caso difícil– que típicamente van a complejizar el mantenimiento de la verdad del derecho, razón por la cual doctrinas como el positivismo hartiano o el neoconstitucionalismo de Dworkin, plantearán que es necesario buscar soluciones fuera de las reglas (ya sea creando derecho o aplicando principios). No obstante a ello, para estas tradiciones la verdad del derecho persiste más allá de las complejidades, y es precisamente esto lo que esta parte

⁶ Como detallaré más adelante, me referiré solo a los jueces de Corte Suprema, dejando de lado los jueces de tribunales inferiores y los jueces del Tribunal Constitucional.

de la tesis buscará problematizar. Ello debido a que se planteará una nueva visión de lo que se entiende como caso difícil, señalándose que una situación es compleja no cuando es poco claro el derecho a aplicar, sino cuando, para obtenerse justicia material en la adjudicación, es necesario salirse de la verdad del derecho, de modo tal que el motivo fundamental de la deliberación sea una razón ajena a la legalidad. Por medio de este análisis, se pretende –finalmente– llegar en esta sección a introducir la noción de parrhesía, como una explicación del comportamiento de los jueces en decisiones donde se delibera más allá del abandono a la ley.

Por último –y a modo de conclusión de la primera parte–, el tercer capítulo tratará sobre la importancia de investigar el comportamiento judicial bajo una perspectiva genealógica, en virtud de la cual se busca rastrear el despliegue histórico del “saber–poder” que sustenta la parrhesía dentro de la práctica judicial; entendido por despliegue al decir veraz dado por los jueces al momento de realizar su decisión judicial. Desde esta perspectiva, por lo tanto, se intentará evidenciar la importancia de asumir que el juez puede actuar con coraje, alejándose de la imparcialidad, lo cual será en gran medida observado en la segunda parte de la tesis (en donde se analiza jurisprudencia que permite colegir lo enunciado).

La segunda parte de la tesis, titulada «Antecedentes jurisprudenciales de la parrhesía judicial», analizará 9 fallos dictados por la tercera sala de la Corte Suprema, en los cuales algunos de ellos dan cuenta precisamente de este coraje que sobrepasa el marco legal. Esta segunda parte se compone, a su vez, de dos capítulos. El primero fundamenta los criterios utilizados para elegir la jurisprudencia analizada y, el segundo, analiza y comenta propiamente jurisprudencia de la tercera sala. Cabe advertir que los fallos analizados bajo ningún punto tienen la pretensión de ser una muestra de lo que ocurre en la Corte Suprema, sino solo cumplen el fin de mostrar que en ocasiones han surgido fallos que contienen parrhesía.

Por último, en las conclusiones de esta investigación se enumeran las principales ideas que se sostienen en cada parte, en general, así como en los capítulos más importantes, en particular. El corolario final de esta memoria no será otro más que remarcar que esta tesis trata sobre comportamiento judicial y justicia, cuyo punto de convergencia está en la noción de parrhesía judicial. Junto con ello, se señala la importancia de algunos subtemas como el entendimiento del derecho como un discurso, un dispositivo y una forma jurídica, la reconceptualización de la decisión judicial y la importancia de reconocer la existencia de parrhesía en la práctica judicial. A propósito de esto último, se indicará que asumir la posibilidad de parrhesía en la adjudicación, no

se pretende asociar a un juicio de valor sino solo pretende dar cuenta de dicha situación y así ofrecer un espacio crítico a la práctica judicial, cuyas máximas de justicia no solo se alimentan de las formalidades en el procedimiento y la imparcialidad, sino que también pueden atender a ideales correctivos o redistributivos, que se alejan de la concepción de justicia a ciegas.

Cabe, por lo tanto, advertir al lector que esta memoria no es sino una investigación en torno a la justicia, pero también al comportamiento judicial, el cual es un tema cuyo interés no pasa de moda, pues los conflictos se judicializan constantemente de modo tal que cada vez se presta más interés a lo que sucede en el ámbito jurisdiccional y a la postura que toman los jueces frente a determinados tipos de casos. Y esto no solo en materia penal, a propósito de los llamados “portonazos” o la “puerta giratoria”, sino también en materia civil (matrimonio y adopción homoparental, por ejemplo), materia laboral (negociaciones colectivas, huelga), y en materia administrativa, que será el ámbito de mayor interés en esta tesis, dada la vasta y heterogénea jurisprudencia que día a día entrega, particularmente, la tercera sala de nuestra Corte Suprema.

Lo anterior se debe a que el derecho administrativo se enfrenta de lleno a problemáticas básicas de lo que entendemos por Estado de Derecho y pone en juego ciertos principios y características que adquiere el discurso jurídico, pues en base al paradigma de la separación de los poderes del estado, los órganos regulados por el derecho administrativos deben estar sujetos a control, para no realizar abusos de poder. Sin embargo, ello trae aparejado una serie de conflictos, pues ¿quién es el autorizado para controlar a la administración?, ¿es el poder judicial? Si el poder judicial fuese el encargado, ¿este goza de legitimidad para ello?, ¿el saber del juez es equiparable al saber de un funcionario administrativo especializado en un área?, ¿puede aplicar reglas y principios un juez si no conoce a cabalidad una determinada actividad?

De las preguntas planteadas, pareciese ser que el juez, en casos tan técnicos como los que se promueven en sede administrativa, decide más bien bajo criterios de justicia, de equidad, de merecimiento de un reproche; siendo todos estos juicios subjetivos. Por lo anterior, y tal como defiende esta tesis, es posible vislumbrar la parrhesía del juez en los casos “límites”, en donde para decidir se toman razones que a veces necesariamente sobrepasan el marco jurídico.

PARTE I. PERSPECTIVAS TEÓRICAS SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA PARRHESÍA

La elaboración de un discurso no es una tarea fácil, pues el lenguaje está lleno de vicisitudes, las cuales se pueden fundamentar en la aleatoriedad, en el poder y en la materialidad que los discursos poseen⁷. La aleatoriedad se basa en lo azaroso que puede ser el decir de una persona, pues ello podría poner en riesgo a una determinada clase de discurso sin poder determinarse con exactitud cuál de los sujetos enunciará ese decir. El poder, por su parte, implica el peligro que genera un discurso frente a otro, por las ventajas o virtudes que posee. La materialidad, por último, se refiere en cómo se ejerce ese discurso y sobre qué fundamentos reales se apoya⁸.

Frente a estas características, las instituciones tienden a limitar la facultad de construir enunciados, de modo tal que se evita la aleatoriedad, se minimizan los efectos que puede generar un discurso y se esquivo su materialidad. En este mismo sentido, el derecho como discurso, resguardado por múltiples instituciones, no está ajeno a dichas restricciones. Por diversos mecanismos, la interpretación del ordenamiento jurídico es limitada, de manera que toda interpretación está sujeta reglas fundamentales para legitimar el sentido que cualquier agente le dé al derecho. Sin embargo, los límites no son permanentes ni absolutos, siendo esto el problema principal que analiza esta tesis y que esta primera parte pretende abordar detenidamente.

Ello se debe a que, por más que se hagan múltiples intentos de dar un método para la correcta interpretación, siempre habrá situaciones que sobrepasan la técnica, ya que el derecho –y cualquier otro discurso– es interpretado por sujetos que, frente a una determinada situación, pueden actuar con coraje por la verdad. En este sentido, el juez no escapa de la situación descrita, razón por la cual su discurso muchas veces desborda las restricciones fijadas por la ley.

A raíz de lo descrito, esta primera parte tiene por objeto explicar detalladamente esta situación y así dotar de sentido la investigación. Por consiguiente, en esta sección se sentarán los fundamentos teóricos en virtud de los cuales esta memoria defiende la idea de que los jueces pueden obedecer a distintas clases de razones y que el concepto de parrhesía es un término iluminador para explicar dicho comportamiento judicial.

⁷ Véase Foucault, *El orden del discurso*, 11-13.

⁸ Véase Roland Barthes, *El placer del texto y Lección inaugural de la cátedra de semiología literaria del Collège de France* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2003), 111-150. Barthes nos muestra otra faceta del poder que entrañan los discursos, el cual está presente en la lengua misma, pues “El lenguaje es una legislación, la lengua es su código. No vemos el poder que hay en la lengua porque olvidamos que toda lengua es una clasificación, y que toda clasificación es opresiva” (*ibíd.* 118). Más adelante agrega: “Pero la lengua, como ejecución de todo lenguaje, no es ni reaccionaria ni progresista, es simplemente fascista, ya que el fascismo no consiste en impedir decir, sino en obligar a decir” (*ibíd.* 120).

CAPÍTULO 1. CONCEPTUALIZACIÓN

La parrhesía es una palabra de origen griego que etimológicamente significa «decirlo todo», «decir veraz» o «hablar franco». Para Foucault, corresponde a la «dramática de los discursos», en razón a que “en el acontecimiento de la enunciación de la verdad [es] que el sujeto precisa su modo de ser en cuanto habla”⁹; de modo tal que el ser humano se subjetiva en base a un específico uso del lenguaje que tiene como elemento a los enunciados parrhesiásticos. Este tipo de enunciados, por su parte, se caracterizan, precisamente, por el decir veraz que tienen en sí mismos, en el sentido que entrañan una voluntad de verdad en base a la cual está comprometido el sujeto hablante. La parrhesía, por tanto, puede estar enunciada en todo sujeto hablante independiente de su investidura, incluyendo al juez.

Por lo anterior, los enunciados parrhesiásticos serán nuestro marco metodológico para el análisis del comportamiento judicial, en razón a que esta clase de enunciados, por las características que poseen, permiten reflejar el coraje de la verdad de los jueces, particularmente en los casos difíciles, que serán analizados en el segundo capítulo.

1.1 Aproximaciones a la parrhesía

La parrhesía es una palabra de origen griego, que en términos muy simplificados se refiere al hablar con franqueza y veracidad. Para Foucault, este término puede ser entendido de distintas formas, todas las cuales —en un comienzo— se asocian estrechamente a la idea de democracia.

Lo anterior es especialmente ilustrativo en la obra de Eurípides, toda vez que este tragedista, en textos como *Ión*¹¹, conceptualiza a la parrhesía como un derecho que se otorga a un ciudadano a hablar, pero en un contexto específico, pues se refiere a hablar en relación con un aspecto relevante para la *polis*; al derecho de tomar públicamente la palabra. Desde esta primera

⁹ Véase Michel Foucault, *El gobierno de sí y de los otros* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2009), 84. Acá Foucault señala que la dramática de los discursos “es el análisis de los hechos discursivos que muestran de qué manera el acontecimiento mismo de la enunciación puede afectar el ser de la enunciadador”, refiriéndose a que una persona se constituye a sí misma como sujeto moral cuando habla con veracidad.

¹⁰ Luciano Carniglia, “Figuras de la subjetividad: el decir verdadero en la biopolítica contemporánea”, *Revista Pléyade*, 12, (2013). pp. 128.

¹¹ Véase Eurípides, *Ión* (Madrid: Gredos, 1995). En el fragmento, que a continuación se cita, se puede apreciar un enunciado parrhesiástico, toda vez que se da cuenta de la noción de libertad para hablar, especialmente referida a aquella que se da en el espacio público. “Me marchó. Sólo una cosa hace mi suerte incompleta: si no encuentro a la que me dio a luz, padre, no podré vivir. ¡Ojalá mi madre sea una mujer de Atenas! —si es que puedo expresar un deseo—. Así tendré de mi madre libertad para hablar. Pues si un extranjero da en una población no mezclada, por más que sea ciudadano según la ley, tendrá la boca encadenada y carecerá de libertad para expresarse” (*ibíd.* 38). En todo caso, cabe señalar que este texto alberga otros dos sentidos más de parrhesía, la parrhesía judicial y la ética las cuales posteriormente serán vistas.

aproximación a la noción de parrhesía, ya es posible vislumbrar un rasgo característico de ella: la idea de un riesgo indeterminado por parte de quien ejerce el derecho a hablar.

Esta noción de riesgo indeterminado va estrechamente relacionada con la posibilidad de sufrir algún daño al enunciar palabras, pues éstas al entrañar un contenido de veracidad oculto (lo cual se vislumbra mucho más en la aproximación de la parrhesía como «decirlo todo» que se verá en seguida), develan la materialidad de un discurso que puede ser incómodo o perjudicial para otro interlocutor. Un ejemplo de esto se da cuando un plebeyo se revela en contra de un tirano, utilizando su palabra para dar cuenta del abuso de poder que este ejerce, lo cual fácilmente le puede costar la vida, dado el contexto de enunciación de esa verdad¹².

Ahora bien, esta primera aproximación, con el pasar del tiempo, varió su significado, pues la parrhesía más que denotar un derecho a hablar en el espacio público se entendió como una práctica peligrosa tanto para la democracia, como para el propio hablante, en razón a que se entiende aquí al parrhesiastés como aquel que habla de todo. Lo anterior se vislumbra especialmente en textos platónicos.

En efecto, Platón en la *República*¹³ da cuenta que la ciudad está llena de libertad y de hablar franco, lo cual podría ser perjudicial para la democracia, pues cualquiera podría hablar de cualquier cosa (entendiendo la parrhesía como «decirlo todo»), y no de los aspectos más relevantes para la ciudad. No obstante a ello, también este autor nota que si todos hablan de cualquier cosa habrá algunos que serán amados y otros odiados, siendo estos últimos aquellos que ponen en peligro su vida, al decir algo que es impopular; razón por la cual esta aproximación también está ligada con la idea de un riesgo indeterminado. Un ejemplo de ello lo vemos en el *Orestes* de Eurípides¹⁴ (más que en la *Orestíada* de Esquilo), en donde este personaje –Orestes– es condenado a muerte en la asamblea pública, luego de exponer su discurso de defensa¹⁵.

¹² Véase Plutarco, *Dion* (Madrid: Gredos, 1995), 498 y ss.

¹³ Véase Platón, *República*, (Madrid: Editorial Gredos, 1988), 400. En el Libro VIII, párrafo 557 b, Platón da cuenta de la libertad para ejercer la palabra que tiene cada ciudadano: “-¿Y de qué modo -pregunté yo- se rigen, y cómo es semejante organización política? Porque es evidente que el hombre que sea similar a él se revelará como hombre democrático. -Es evidente. -¿No sucede que son primeramente libres los ciudadanos, y que en el Estado abunda la libertad, particularmente la libertad de palabra y la libertad de hacer en el Estado lo que a cada uno le da la gana? - Es lo que se dice, al menos. -y donde hay tal libertad es claro que cada uno impulsará la organización particular de su modo de vida tal como le guste”.

¹⁴ Véase Eurípides, *Orestes* (Madrid: Editorial Gredos, 1979).

¹⁵ En este mismo sentido, véase Foucault, *El gobierno de sí y de los otros*, 176-181.

Otra aproximación que se le da a la parrhesía, ya no tanto ligada a la democracia, sino más bien cercana a la noción del sujeto, es la que surge con la figura de Sócrates. Este filósofo es considerado como aquel que inaugura la parrhesía entendida en un sentido ético, es decir, como una práctica de decir la verdad sobre algo que cree¹⁶. Para Michel Foucault, la parrhesía desplegada por Sócrates se caracteriza por la insistencia en que cada uno se ocupe sobre sí mismo, es decir, sobre los roles que despliega. Aquí aparece un modo de veridicción que no es ni profético, ni de sabiduría, ni de técnica, sino de filosofía. Aparece la parrhesía como una franqueza valerosa del decir veraz, como un coraje de la verdad¹⁷.

Cabe señalar que la presencia del riesgo indeterminado es mucho más sutil en esta aproximación, pero es igualmente peligrosa. Recuérdese que Sócrates fue condenado a la muerte y que él aceptó dicha condena conforme a las leyes de su ciudad. Esto se explica en razón a que no solo el sujeto de la acción política puede plantear temas en torno a la convivencia o justicia de la ciudad, sino también lo pueden plantear los filósofos, ya que “La cuestión de la filosofía no es la cuestión política, es la cuestión del sujeto en la política’. Sería a través del alma del ciudadano o del príncipe cómo el filósofo en su práctica de la verdad incidiría en la política”¹⁸.

Posterior a Sócrates, esta tradición es tomada por la corriente cínica, quienes llevan la noción de parrhesía al extremo, al concebirla como una práctica de vida. En este sentido la parrhesía tiene al cuerpo como lugar de irrupción de la verdad. El decir verdadero aquí no se limita al *logos*, sino que lo incluye y lo sobrepasa; la enunciación veraz, por lo mismo, está entre la condición humana y la condición animal. Como menciona Gros “La ética cínica de la parrhesía es (...) la verdad poniendo a prueba la vida: se trata de ver hasta qué punto las verdades soportan ser vividas y de hacer de la existencia el punto de manifestación intolerable de la verdad”¹⁹.

Desde esta perspectiva, la parrhesía cínica es la materialidad misma del discurso parrhesiástico, es llevar el decir veraz a la práctica en todo momento; pero dicho decir veraz no se mezcla, pues aquí la parrhesía no se ejerce contra un enemigo, sino que se ejerce contra los defectos y los vicios de uno mismo. Por lo consiguiente, la parrhesía aquí no es oculta, no tiene

¹⁶ Véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 102. Aquí este autor plantea que la parrhesía socrática se percibe como “la fundación del *ethos* como principio a partir del cual la conducta podrá definirse como conducta racional en función del ser del alma”

¹⁷ En este mismo sentido, véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 136.

¹⁸ Jorge Álvarez, Introducción a *La Parrhesía*, de Michel Foucault, 23-115 (Madrid: Biblioteca Nueva, 2017), 69.

¹⁹ Frédéric Gros, “A parrhesía em Foucault (1982-1984),” en: *Foucault e a coragem da verdade* (Parábola Editorial: San Pablo, 2004), 165.

límites y es recta²⁰. Es la muestra más gráfica de lo que Foucault dice en el cierre del manuscrito del *Coraje de la verdad*: “no hay instauración de la verdad sin una postulación esencial de la alteridad; la verdad nunca es lo mismo; solo puede haber verdad en la forma del otro mundo y la vida otra”²¹.

Otras aproximaciones a la parrhesía la dan los epicúreos, los estoicos, y los cristianos. Los epicúreos, al contrario de los cínicos, entendían por enunciados parrhesiásticos aquellos que se daban en la comunidad, particularmente en la relación maestro-discípulo o entre discípulos, pues ello ayudaba a mantener la amistad y a abrir el alma²². Los estoicos, por su parte, ven a la parrhesía no en la relación de enseñanza, sino en el ámbito interpersonal, en el cual –en base a la exploración del perfeccionamiento de la existencia– buscaban que la parrhesía los ayudase a un mejor cuidado de sí; razón por la cual “era necesaria la ayuda de otro, de alguien que hablara con verdad (...) en saber qué características debía tener ese otro y en cómo distinguirlo, cómo saber elegir a un auténtico hombre veraz, un verdadero parrhesista”²³. Por lo anterior, los epicúreos buscan una transformación de sí mismos por medio de la verdad dada en el hablar parrhesiástico.

En cuanto al cristianismo, la parrhesía aparece como una relación entre Dios y el hombre, cuyo vínculo tiene para algunos un sentido positivo y para otros uno negativo. Lo positivo se veía por medio de la conexión que permitía el hablar veraz con Dios, pues ello hacía que los sujetos abrieran con franqueza su corazón a Dios y que demostraran confianza en su amor, lo cual les permitiría la salvación. Por el contrario, la parrhesía en un sentido negativo se entiende como aquella arrogancia desplegada en la relación con Dios, en el enfrentamiento cara a cara que da el hombre, sin pudor, a ese ser superior, al cual se le debe obediencia y sumisión. Aquí la parrhesía se ve como una conducta reprochable e irrespetuosa que, en definitiva, no debe desplegarse²⁴.

Finalmente, para ir cerrando las distintas aproximaciones que la obra foucaultiana ofrece respecto a la parrhesía, cabe señalar que en la época moderna, es posible vislumbrar una serie de discursos que contienen esta clase de enunciados. Uno de ellos lo encontramos a fines del siglo

²⁰ Véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 263-279.

²¹ Foucault, *El coraje de la verdad*, 350.

²² Véase Foucault, *La hermenéutica del sujeto Curso en el Collège de France (1981-1982)* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014), 372-374.

²³ Jorge Álvarez, Introducción a *La Parrhesía*, 79.

²⁴ Véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 333-348, y Michel Foucault, *La Parrhesía* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2017), 119 y ss.

XVIII, época en la cual la vida de los artistas contiene en sí misma la idea cínica de llevar la verdad a sí mismos, de confrontarla constantemente²⁵. Pensemos, por ejemplo, en los poetas malditos, en el “Yo es otro”, en el cual el poeta se busca hacer vidente por medio del largo e irracional desarreglo de los sentidos, en virtud de lo cual el “yo” no es natural sino que es un (auto)engaño y un espejismo²⁶.

También encontramos la parrhesía en el ámbito político, particularmente entre el siglo XIX y XX, en los que “podrían seguirse huellas de la práctica cínica en los conspiradores anarquistas, en los militantes comunistas, en aquellos que estabilizan la propia vida como denunciadora, que practicaban un compromiso vital con la doctrina que suponía un modo de ser”²⁷.

Por último, cabe señalar que para Foucault el problema de la vida filosófica, planteada como el problema de la verdadera vida, acababa con lo que él denominaba como el «momento cartesiano», en virtud del cual se anuló el problema de la vida verdadera con la institución científica. No obstante a ello, Foucault reconoce que es posible reconstruir la persistencia de la parrhesía, como preocupación por la vida verdadera, en reflexiones que parten con Montaigne y terminan con Kant y el problema del *Aufklärung*, teniendo particular relevancia en esta época los planteamientos del filósofo Baruch Spinoza. Ello se debe a que Spinoza fue para Foucault “la última gran figura [con] la cual la práctica filosófica reivindica el proyecto fundamental y esencial de llevar una vida filosófica”²⁸, es decir, la última figura que se preguntó sobre cuál es la forma de vida en la que se puede practicar el decir veraz, dejando a un lado la razón científica²⁹.

A partir de lo anterior, observamos que a lo largo de la historia existen distintas aproximaciones al significado del decir veraz, las cuales, primeramente, están relacionadas con la democracia, ya sea como derecho a hablar en la *polis* o como decirlo todo, para luego relacionarse más estrechamente con el sujeto y su eticidad, denotando la parrhesía un hablar franco o decir veraz, e inclusive, significando una preocupación práctica de llevar en todo momento una vida compatible y coherente con la verdad. Aquí, por lo mismo, revisamos algunas de las más relevantes aproximaciones.

²⁵ Véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 199-201.

²⁶ Arthur Rimbaud, *Iluminaciones* (Madrid: Hiperión, 1995), 111-113.

²⁷ Jorge Álvarez, Introducción a *La Parrhesía*, 86.

²⁸ Foucault, *El coraje de la verdad*, 248.

²⁹ Véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 243-249.

1.2 Características de la parrhesía

Como se revisó, existen variadas aproximaciones a la noción de parrhesía; sin embargo, a lo largo de esta tesis tomaré la noción de parrhesía entendida como como decir veraz o hablar franco. Ello se debe a que el objeto de esta memoria es analizar el decir veraz del juez desplegado en casos relevantes política o moralmente.

Dicho esto, la parrhesía se caracteriza por: (a) corresponder a una virtud, a un deber y a una técnica; (b) no ser un decir demostrativo, retórico, pedagógico o incitador de la discusión; (c) corresponder a una modalidad de decir veraz vinculada con el *ethos*; (d) no ser un enunciado realizativo; (e) poseer requisitos mínimos de existencia.

a) La parrhesía como virtud, deber y técnica

La parrhesía es un término complejo y ambiguo, que puede entenderse como una virtud, un deber y una técnica. La virtud está en que el decir veraz es una cualidad que no todos poseen, pues el hecho de estar frente a un interlocutor y decir la verdad sobre algo –que puede ser incómodo– requiere carácter. En cuanto al deber, este está asociado a la necesidad de decir la verdad sobre algo o alguien, por ejemplo, manifestarle a un tirano lo incorrecto de su actuar. Finalmente, la técnica está en que hay que saber valerse de la parrhesía para poder generar un discurso franco, pues ello requiere salirse del orden de los discursos –es decir, no repetir algo que ya está dicho y es conocido–, y también es menester expresar un compromiso entre lo que se dice y lo que se piensa³⁰.

b) Parrhesía no corresponde a un decir demostrativo, retórico, pedagógico o incitador de la discusión.

Junto con ello, la parrhesía es una forma de discurso particular, que no tiene por objeto la demostración de algo, que no corresponde al arte de la retórica, que no busca ser una pedagogía y que no es una forma determinada de discusión³¹. Ello se debe a que, primero, si bien el hablar franco busca decir la verdad sobre algo, dicha verdad no se limita solamente a demostrar una situación, sino que busca ser una ruptura; un elemento de transformación de esa verdad que se está enunciando. Por ello, se puede utilizar como estrategia la demostración, pero no es el objeto principal del hablar franco.

³⁰ Véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 59.

³¹ Véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 70 y ss.

Tampoco el decir veraz es una manifestación del arte de la retórica, principalmente porque ambos tienen propósitos diferentes. Ello debido a que, mientras el discurso retórico se despliega con el fin de persuadir sobre una situación, la parrhesía es desplegada por un hablante con el propósito de decir la verdad sobre algo o alguien. Ello no quita en todo caso que, como técnica, la parrhesía se valga de aspectos de la retórica, para enunciar de mejor forma alguna verdad, o que la retórica predisponga al hablante a constituir su verdad.

En cuanto a la pedagogía, la parrhesía no tiene como objeto la enseñanza, por el contrario, es un despliegue de un discurso que puede resultar hasta violento para un interlocutor, por manifestar una verdad probablemente oculta e incómoda.

Por último, el decir veraz no corresponde a una forma de discusión, en razón a que –nuevamente– no se busca entrar en un debate con un interlocutor, sino más bien dar cuenta de una verdad que probablemente genera una ruptura en el receptor del enunciado. Además el debate siempre implica el triunfo de una postura, y la parrhesía no busca asentar la verdad de su decir como la verdad absoluta.

c) La parrhesía corresponde a una modalidad de decir veraz vinculada con el *ethos*

Por otra parte, en *El coraje de la verdad*, Miche Foucault distingue a la parrhesía como una modalidad del decir veraz, que teniendo componentes de técnica se halla más o menos desplazada de diversas formalidades. En este sentido, este autor planteará a los enunciados parrhesiásticos como un decir veraz alejado de las formas proféticas, también de la sabiduría y de la enseñanza.

Está alejado de la verdad profética, toda vez que no habla el discurso de un otro, ya sea ese otro un Dios u otra divinidad. No funciona el enunciado como un intermediario de esa verdad de otro. Tampoco se dice la verdad sobre un futuro, ni se habla enigmáticamente; por el contrario, el discurso es propio del hablante, y siempre es él el que habla por sí, como sujeto singularizado. Además se habla del presente y en un lenguaje claro.

Similar a esto es lo que sucede con el decir veraz sabio, pues este si bien enuncia un discurso que proviene de él mismo, en general habla cuando quiere y en un lenguaje muy enigmático. En general sus discursos son para él mismo y no se siente forzado a hablar para los demás, como si ocurre con la parrhesía.

En cuanto a la enseñanza o pedagogía el argumento es similar al utilizado anteriormente, en el sentido que el decir veraz no tiene como objeto la enseñanza, pues no busca transmitir una técnica, por el contrario, tiene su fundamento en el *ethos*. Esto quiere decir que lo importante de la parrhesía es la relación con uno mismo, que luego se proyecta a los demás³².

d) La parrhesía no es un enunciado realizativo

Otra característica relevante es que la parrhesía no corresponde a un enunciado performativo. Lo anterior se debe a que el decir veraz no dependa de circunstancias formales que avalen su discurso, de modo tal que no se requiere investidura para hablar con parrhesía, por lo mismo, cualquiera podría desplegar su decir veraz. No obstante a ello, como se revisará en seguida, no es excluyente que un discurso sea parrhesiástico y performático a la vez, pues ello es característico en el ámbito judicial.

Los enunciados performativos o expresiones realizativas, se entienden como aquellas que:

[M]uestran en su rostro la apariencia –o por lo menos el maquillaje gramatical– de ‘enunciados’; sin embargo, cuando se las mira más de cerca *no* son obviamente expresiones lingüísticas que podrían calificarse de ‘verdaderas’ o ‘falsas’. Ser ‘verdaderas’ o ‘falsas’, empero, es tradicionalmente el signo característico de un enunciado. Uno de nuestros ejemplos es ‘Sí, juro (desempeñar fiel y lealmente el cargo...)’ formulada durante una ceremonia de asunción de un cargo. En este caso diríamos que al decir esas palabras estamos *haciendo* algo: asumir un cargo, y no *dando cuenta* de algo, o sea, de que estamos asumiendo el cargo³³.

A partir de la cita, se puede desprender que en el momento mismo de la enunciación se está haciendo algo, es decir se está ejerciendo una acción; no obstante, para que ello ocurra se requiere ineludiblemente que el sujeto que enuncie la acción tenga un estatus; pues, de lo contrario, el acto no producirá efecto alguno. Otro ejemplo típico –aparte del que menciona L. Austin– es aquel enunciado que dice «ahora ustedes son marido y mujer», debido a que solo tienen efecto estas palabras si las pronuncia un Oficial de Registro Civil o un Ministro de fe que esté certificado para ello (al menos en nuestro país).

Sin embargo, los enunciados parrhesiásticos no requieren de formalidad alguna para producir sus efectos, debido a que no requieren investidura de los sujetos para poder expresarse. En este sentido aquí encontramos la primera diferencia entre ambos enunciados.

³² Véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 33-46.

³³ John Langshaw Austin, *¿Cómo hacer cosas con palabras?* (Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1990), 53-54.

Por otra parte, los enunciados performativos no solo requieren del estatus, sino también necesitan de la autoridad del sujeto en ese mismo instante, pues bien puede ocurrir que quien enuncia «ahora ustedes son marido y mujer» sea un Oficial de Registro Civil, pero aun así, si ese oficial no está en el territorio donde tiene potestad, de nada sirve su investidura. Por consiguiente, esta es la segunda diferencia, pues los enunciados parrhesiásticos, no requieren ni investidura, ni autoridad en un momento preciso.

Finalmente, la diferencia más importante entre estos dos enunciados es aquella que dice relación con las consecuencias que tienen. En efecto, mientras los enunciados performáticos tienen un efecto determinado, los enunciados parrhesiásticos tienen siempre un resultado impredecible. Ello se debe a que el decir veraz manifestado puede acarrear, o bien, ningún resultado, o bien, las consecuencias más cruentas, que incluso le pueden costar la vida a un hablante, como ocurre con Sócrates.

En este sentido, es claro que la parrhesía no corresponde a una expresión realizativa, ya que no requiere investidura, ni autoridad en el momento preciso de hablar, ni tampoco produce resultados ciertos y predecibles. Sin embargo, ello no quita que ciertos enunciados sean parrhesiásticos y performáticos simultáneamente.

En efecto, si se mira la práctica judicial, y más específicamente, la adjudicación, se verá que para que un juez falle frente a un caso, deberá redactar una sentencia. Esta para ser válida debe cumplir con requisitos procesales imprescindibles, tales como los que aparecen en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil (desde ahora “CPC”)³⁴. Junto con ello, las sentencias requieren

³⁴ Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán:

- 1°. La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio y profesión u oficio;
- 2°. La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos;
- 3°. Igual enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el demandado;
- 4°. Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia;
- 5°. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; y
- 6°. La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas.

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

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

que sean dictadas por una persona que tenga investidura para dictarlas (un juez), y que tenga autoridad en ese momento (que el juez sea competente absoluta y relativamente). Del mismo modo, las sentencias definitivas –que alude el artículo 170 del CPC antes nombrado– tienen efectos claros: una vez que ya no quedan sujetas a ningún recurso, o bien, pasados los plazos no se interpone recurso alguno, las sentencias quedan firmes y ejecutoriadas, y causan tanto la acción como la excepción de cosa juzgada, con lo cual adquieren toda la fuerza de la ley. Por lo mismo, es ineludible que la deliberación judicial contiene expresiones realizativas, toda vez que los efectos que producen las sentencias requieren de formalidades.

Ahora bien, ¿cómo podría ser una sentencia, además de performativa, parrhesiástica? Para esta memoria sí es posible debido a que, cuando hay parrhesía, esta surge durante el fundamento mismo de la sentencia, particularmente en los argumentos de hecho y derecho que emplea el juez para justificar su decisión en los “casos difíciles”. También se presenta a través de ciertas adjetivaciones que utiliza el juez al narrar los hechos del caso, los cuales pueden implicar una empatía o rechazo a los sucesos. Además, estos indicadores y enunciados influyen en la deliberación tomada, la cual generará un efecto claro: fuerza ejecutiva a lo decidido, pero también producirá otros efectos que no son claramente visibles como el impacto en los medios de comunicación y en el debate político; el rechazo o la aceptación por la jurisprudencia y la doctrina judicial; el rechazo o la aceptación por parte de la sociedad, etc.

Así entonces, aun cuando en la práctica judicial se requiera investidura y autoridad para producir efectos con fuerza de ley, los mismos actos que se generan en la enunciación de la sentencia pueden causar efectos inusitados; siendo esta una de las causas por medio de la cual podemos hablar de la parrhesía del juez y siendo esta característica del riesgo indeterminado la más relevante de los enunciados parrhesiásticos.

e) Requisitos de constitución de la parrhesía

En la segunda hora de la clase del 2 de febrero de 1983, Michel Foucault expone acerca de lo que él denomina el rectángulo de la parrhesía. Este rectángulo está conformado por cuatro vértices, en los que cada uno forma un circuito del decir que permite constituir a la buena parrhesía. En este

sentido, el primer vértice, corresponde a la condición formal; el segundo, a la condición de hecho; el tercero, a la condición de verdad; y el último, a la condición de moralidad³⁵.

La condición formal de la parrhesía es aquella que permite expresar el decir, o sea, la que otorga las condiciones para que se dé el enunciado. Por consiguiente, esta condición se vincula con la democracia, en el sentido que gracias a ella todos pueden hablar, dado a que existe un derecho a ello; existe *isegoría*. Sin embargo, que se dé la posibilidad para que todos hablen, no significa que ello pase en realidad, razón por la cual es necesaria la condición de hecho.

Esta condición de hecho, es aquella que está radicada en el mérito personal del que se atreve a hablar. En este sentido, este vértice se relaciona con el juego de la superioridad o del ascendiente, es decir, “el problema de quienes, al tomar la palabra frente a los otros, por encima de los otros, se hace oír, los persuaden, los dirigen y ejercen el mando sobre ellos”³⁶.

Ahora bien, esta posibilidad de hablar (condición formal), que se concreta con el mérito personal de algunos (condición de hecho), requiere –para constituir un enunciado parrhesiástico– un decir veraz. Y este decir veraz es el que conforma el vértice de la condición de veracidad, la cual indica la necesidad de relación entre la verdad que se dice y lo que piensa el hablante. Junto con ello, esa verdad que se dice se constituye no por las características anteriores del sujeto, sino por el hecho sobre el cual enuncia su decir. Para esta memoria, la condición de veridicción es fundamental, pues permite una verdad alterna a la del discurso jurídico.

Finalmente, para que se constituya un enunciado parrhesiástico, es menester la condición de moralidad. Esta condición está relacionada con dos conceptos; el de coraje y el de pacto de franqueza o pacto parrhesiástico. El coraje surge precisamente porque hay un cuestionamiento al lazo que une a dos interlocutores, el que habla y a quien va dirigido. Dicho cuestionamiento provoca un riesgo de deshacer el vínculo entre los dos interlocutores, e incluso, “de socavar la relación que es la condición de posibilidad de su discurso”³⁷. Pero no solo eso, pues, como se ha visto, el hecho de tomar la palabra también puede socavar al propio hablante, con lo cual el coraje está en correr un riesgo indeterminado.

³⁵ Véase Foucault, *El gobierno de sí y de los otros*, 183-195.

³⁶ Foucault, *El gobierno de sí y de los otros*, 183.

³⁷ Foucault, *El coraje de la verdad*, 30.

Por otra parte, el pacto parrhesiástico es esa condición de posibilidad para que el hablante ejerza su decir veraz y actúe con coraje. En este sentido:

[S]e establecerá el verdadero juego de la *parrhesía*, a partir de esa suerte de pacto por el cual, si el parrhesiasta muestra su coraje al decir la verdad con respecto a todo y contra todo, aquel a quien esa *parrhesía* se dirige deberá mostrar su magnanimidad aceptando que se le diga la verdad. Esa suerte de pacto, entre quien corre el riesgo de decir la verdad y quien acepta escucharla, está en el centro mismo de lo que podríamos llamar juego parrhesiástico³⁸.

De este modo, entonces, la condición de moralidad es aquella en la que, dada la existencia de un pacto parrhesiástico, es posible ejercer con coraje el decir veraz que en efecto se realiza, más allá de la condición formal que garantiza la posibilidad de hablar. En todo caso, también es posible plantear que existe una suerte de coraje en los receptores del hablante, pues “asumen recibir como cierta la verdad ofensiva que se escucha”³⁹.

1.3 Hacia una clasificación de la parrhesía: parrhesía política, parrhesía filosófica y parrhesía judicial

Habiendo conceptualizado y caracterizado a los enunciados parrhesiásticos es fundamental analizar una de las principales clasificaciones que Michel Foucault propone para el entendimiento de la parrhesía. Esta tipología presentada, responde a parte de la evolución histórica de la noción, y tendrá como principal función –en esta investigación– indicar por qué corresponden ciertos enunciados de la práctica jurídica a un determinado tipo de parrhesía.

Cabe prevenir que en las líneas que siguen solo se dará una idea general de cada una de las tipologías, no entrando en el análisis exhaustivo que el autor realiza en cada una de sus obras.

a) Parrhesía política

La primera tipología presentada en *El coraje de la verdad*, está vinculada con la parrhesía política. Como mencionamos, esta clasificación se relaciona con la democracia toda vez que implica principalmente el derecho a tomar públicamente la palabra. Este derecho, puede entenderse como uno que proviene de la madre (como se expresa en la obra *Ión* de Eurípides) y que no corresponde a una garantía establecida positivamente en las leyes de la ciudad.

³⁸ *Ibid.* 32.

³⁹ *Ibid.* 32.

Esta primera aproximación a la parrhesía política constituye el “momento pericleano de la parrhesía”⁴⁰, pues el decir veraz era el que otorgaba la libertad de hablar a los ciudadanos de la *polis*⁴¹. En este sentido, se plantea que la noción de *isegoría*, que sí corresponde a un derecho estatutario a hablar, es ejercida por medio de la parrhesía, razón por la cual:

[L]a ‘limitación jurídica’ de la *parrhesia* es compensada por el derecho de *isegoría* en cuanto este funciona como estructura político-administrativa para su práctica. Con todo, pese a que la *isegoría* implica el igual derecho a hablar en el marco de la polis y que por lo mismo no hay aquí restricción alguna de la palabra, ella no es condición suficiente para que lo que se diga sea realmente verdadero y beneficioso. La prueba fehaciente de que lo que se expresa es verdad la indica tanto la cualidad del hablante como la pertinencia y justicia de lo dicho⁴².

Junto con lo anterior, esta clasificación de parrhesía también puede estar ligada negativamente con la democracia, debido a la presencia del mal parrhesiastés⁴³. Este sujeto sería aquel que lo dice todo, sin limitación alguna, tal como lo previene Platón en el pasaje ya visto en la sección 1.1. Del mismo modo, este individuo se personaliza particularmente en el adulador, pues “en ellos ya no se encontraría una diferencia ética, el especial gobierno de sí, la indexación férrea de la verdad, sino [ellos serían] el hombre sin escrúpulos movido por el interés (...) que dice lo que le conviene y se quiere oír”⁴⁴.

Por último, la parrhesía política también adquiere relevancia en los cortesanos y en la figura del príncipe, ya que el régimen político del tirano favorece, en virtud de su poder, escuchar el hablar franco de un cortesano. Esto se debe principalmente a que ello no afectaría su soberanía⁴⁵.

Es importante destacar que esta clase de parrhesía, en definitiva, corresponde a la manera en que los ciudadanos ejercen su libertad dentro de una comunidad, la cual se traduce en participación política en un orden institucional; pero que se desarrolla en una modalidad que no es reconocida formalmente. En este sentido, y siguiendo la lectura de Víctor Vásquez⁴⁶, la parrhesía se encontraría en el centro de la política, como una forma de hacer valer un pacto para evitar la violencia. Por lo mismo, el *nómos* se sustenta en la verdad de las palabras enunciadas; en la verdad de permitirle a cada ciudadano participar fuera del ejercicio de la violencia.

⁴⁰ Véase Foucault, *El gobierno de sí y de los otros*, 344 y ss.

⁴¹ Véase Jorge Álvarez, Introducción a *La Parrhesía*, 55 y ss.

⁴² Víctor Vásquez, “Parrhesía: Entre ley y filosofía”, *Revista Científica Guillermo de Ockham*, 12 (2014): 69.

⁴³ Véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 49-71.

⁴⁴ Jorge Álvarez, Introducción a *La Parrhesía*, 59.

⁴⁵ Véase Jorge Álvarez, Introducción a *La Parrhesía*, 59. También véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 73 y ss.

⁴⁶ Víctor Vásquez, “Parrhesía: Entre ley y filosofía”, 65-75.

b) Parrhesía filosófica (o ética)

Por otra parte, existe otro modo de comprender la parrhesía, ya no tanto vinculada con la política, sino más bien relacionada con la ética. Esta forma de decir veraz comienza principalmente con Sócrates, como ya se mencionó, y se distingue por “la forma de un juego entre *lôgos*, verdad y *bíos* (vida) en el ámbito de una relación personal de enseñanza entre dos seres humanos”⁴⁷.

La parrhesía filosófica (o ética) —para Foucault— está preocupada por el problema de la verdadera vida o de la existencia verdadera, toda vez que lo que se busca es que los individuos puedan cuidar de sí en tanto seres racionales; cuya verdad está en sus propias almas. Desde esta perspectiva, se torna relevante comprender que el decir veraz se ejerce mediante la prueba del alma que permite la fundación de un *ethos*. Esto implica que, por medio de la palabra, se genera un modo de ser en el individuo, caracterizado por un proceso de subjetivación de la verdad⁴⁸.

En este sentido, esta clase de decir veraz tiene como pregunta fundamental aquella referida a “las condiciones morales que permiten a un sujeto tener acceso a la verdad y decir la verdad”⁴⁹, pues conociendo ello es posible generar una ética de la verdad que constituye el *ethos* de un individuo. Frente a esta clase de cuestiones aparecen dos planteamientos relevantes. El primero dice relación con una purificación de la verdad, en virtud de la cual hay una cierta ruptura con el mundo sensible, claramente asimilable a lo que aludimos antes respecto del «momento cartesiano». No obstante, aparece otro aspecto relevante que dice relación con cuánto estamos dispuestos a sacrificar y a combatir para llegar a un tipo de verdad, y es este planteamiento el característicamente parrhesiástico⁵⁰.

En efecto, lo anterior alude al coraje de la verdad, a un tipo de voluntad que resiste frente a otra clase de discursos. En este sentido, la parrhesía ética no solo se entiende como el cuidado de sí, expresado anteriormente y manifestado a través del cuidado del alma, sino que también es relevante la manera de vivir, en tanto se combate incluso una forma de vida —como los cínicos— para sostener una verdad. Por lo anterior, la parrhesía filosófica implica una relación entre el decir y la verdad, que tiene como objeto último la constitución de un *ethos* manifestado en la forma de vivir y en el coraje que puede implicar ello.

⁴⁷ Michel Foucault, *Discurso y verdad en la antigua Grecia* (Buenos Aires: Paidós, 2004), 138.

⁴⁸ Véase Jorge Álvarez, Introducción a *La Parrhesía*, 74, y véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 101 y ss., y 138 y ss.

⁴⁹ Foucault, *El coraje de la verdad*, 138.

⁵⁰ Véase Foucault, *El coraje de la verdad*, 138 y ss.

c) Parrhesía judicial

Ahora bien, además de las dos clases de parrhesía conceptualizadas, en *El gobierno de sí y de los otros*, puede apreciarse un tercer tipo de decir veraz, que no está directamente relacionado con la parrhesía política ni con la ética, sino que está vinculado con la jurisdicción, entendida esta como decir justo. El problema, empero, de esta clasificación, es que fue escuetamente desarrollada por Foucault, pues solo indica que:

[V]emos una segunda práctica que está ligada a una situación de injusticia y que, lejos de ser el derecho ejercido por el poderoso sobre sus conciudadanos para guiarlos, es al contrario el grito de impotencia contra quien abusa de su propia fuerza. Esto, que no es [designado como] parrhesía en el texto, pero sí lo será más adelante, es lo que podríamos llamar *parrhesía judicial*⁵¹.

Algunos autores han entendido esta parrhesía como una vinculada con el ejercicio de la libertad de expresión⁵². También se ha entendido como la discusión sobre la influencia que la ley ejerce en la constitución moral de los individuos, evidenciando derechos y errores, deberes y poderes que hay detrás del ordenamiento jurídico, todos los cuales sin embargo— constituyen el *ethos* de los individuos.

Esta tesis entenderá la parrhesía judicial como un discurso de «imprecación», en el cual se reclama por una situación injusta⁵³. Ahora, este reclamo, es dado por una persona débil frente a un poderoso que ha generado la situación injusta que padece el débil, razón por la cual la parrhesía aquí funciona como reproche a la acción de quien posee poder.

Desde esta perspectiva, la imprecación es clara, pues de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua, imprecar significa “Proferir palabras con que se expresa el vivo deseo de que alguien sufra mal o daño”, y el reclamo ante la injusticia, no describe solo la situación injusta, sino que genera un reproche, en donde se atribuye responsabilidad por la acción cometida como un grito de impotencia frente a ese abuso de poder, en base al cual se busca salir de esa injusticia.

Ahora bien, esta aproximación que se propone acerca de la parrhesía judicial, va estrechamente relacionada con lo que Michel Foucault esbozó acerca de ella⁵⁴. Ello se debe a que

⁵¹ Foucault, *El coraje de la verdad*, 166.

⁵² Véase Jonathan Simon, “Fearless Speech in the Killing State: The Power of Capital Crime Victim Speech”, *North Carolina Law Review* 82(2003): 1377-1414.

⁵³ Véase Foucault, *El gobierno de sí y de los otros*, 145 y ss.

⁵⁴ Cabe señalar que una reciente traducción de un libro que contiene una serie de conferencias que dictó Foucault, publicado el año 2016, esta parrhesía judicial es nombrada como una parrhesía de tipo personal, en base a la cual la

la clasificación en la que se comprende a la parrhesía judicial, es dada precisamente cuando este autor analiza lo que él denomina “la sucesión de los diferentes rituales de verdad, de veridicción, que son necesarios, en definitiva, para que Ión recupere su patria y encuentre su derecho a hablar”⁵⁵. Esta sucesión de rituales, para Foucault, se dividen en tres. En primer lugar, el que realiza Creúsa cuando se encuentra con Ión, al llegar a Delfos. En segundo lugar, el que realiza también Creúsa al confesarse con el anciano que le sugiere matar a Ión. Y, en tercer lugar, el que realiza el propio Ión, que, de acuerdo a Foucault, se basa en una veridicción triunfante, que resulta de la consagración que le permite a este personaje adquirir su derecho a hablar.

Para comprender bien esta sucesión de rituales, es necesario narrar brevemente el texto de Eurípides. Este relato, que recibe el nombre de su protagonista, parte contando el enamoramiento del dios Apolo hacia Creúsa, hija de Erecteo, rey de Atenas, el cual concluye, según se puede desprender, con la violación del dios a la hija del monarca de Atenas en una cueva a los pies de la Acrópolis. Dada esta situación, Creúsa engendró a Ión, a quien abandonó en la misma cueva en donde lo concibió por miedo a la ira de su padre y por vergüenza. Sin embargo, Apolo, consciente de este suceso, no deja morir a su hijo, pues le pide a Hermes ayuda, solicitándole que lleve al niño a Delfos, lugar en donde finalmente será criado como servidor del templo.

Posteriormente, el texto relata que Creúsa, años después del abandono de su hijo, se casa con Juto por orden de su padre, el cual a pesar de ser extranjero recibió la mano de la hija de Erecteo por haber guerreado al lado de los atenienses. Sin embargo, Creúsa no logra concebir un hijo con su marido, razón por la que ella y Juto deciden ir a Delfos para pedir descendencia.

La hija de Erecteo es la primera en llegar a Delfos y cuando va entrando se encuentra con Ión, su hijo, al cual empero no reconoce. Este encuentro es muy significativo, porque es el primer momento de la sucesión de rituales que describe Foucault, y se caracteriza por contener un discurso de imprecación:

CREÚSA. — Forastero, por tu parte no careces de educación al admirarte de mis lágrimas. Y es que al ver esta morada de Apolo he vuelto a revivir un antiguo recuerdo. Tenía el

verdad es dicha “no como crítica política de las instituciones, como crítica de la vida política, [sino como una] que se utiliza de dos maneras. Primero como una censura, como un reproche que lanza alguien que es débil, que es una mujer, que ha sido violada, etc., a alguien que es más poderoso que ella pero que ha cometido un crimen, que ha cometido faltas” (Michel Foucault, *Discurso y verdad. Conferencia sobre el coraje de decirlo todo* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2017), 140). En todo caso, en esta conferencia Foucault claramente contrapone esta parrhesía personal a la parrhesía de tipo político.

⁵⁵ Foucault, *El gobierno de sí y de los otros*, 164.

pensamiento en casa, aunque yo estuviera aquí presente. ¡Oh pacientes mujeres, oh desvergüenza de los dioses! Pues, ¿a dónde iremos a reclamar justicia si nos vemos perdidas por la injusticia de los que dominan?⁵⁶.

Por otra parte, Juto, siguiendo las órdenes de Apolo dadas por medio del oráculo, acepta como hijo suyo a la primera persona que se encuentra al salir del santuario, el cual fue Ión. En este encuentro se desarrolla un diálogo lleno de decir veraz, particularmente, en el momento que Ión se cuestiona sobre el origen de su madre, pues de la madre proviene el legítimo derecho a hablar⁵⁷. Sin embargo, dada la profecía del oráculo consistente en la adopción de quien ella creía hijo bastardo de su esposo, Creúsa se irrita y le confiesa a un anciano sus vergüenzas de juventud, siendo este otro momento de veridicción en la obra. Frente a esto, y por idea del anciano ante quien se confiesa, Creúsa intenta matar a Ión, pero es descubierta y condenada a muerte. Amenazada por Ión, Creúsa entonces se refugia junto al altar de Apolo. Sin embargo, gracias a la intervención de la sacerdotisa que acogió y crió a Ión, Creúsa logra reconocer a su hijo. Luego, aparece la diosa Atenea, la cual viene en nombre de Apolo a revelar lo que había sucedido. Finalmente, Ión regresa a Atenas con Creúsa y Juto para convertirse, de acuerdo con la profecía de Atenas, en el ancestro de la raza Jónica, adquiriendo plenamente el derecho a hablar.

A raíz de los sucesos de la tragedia, Foucault clasificará la sucesión de los tres rituales como tres formas de parrhesía. La primera parrhesía se da en el segundo ritual y se caracteriza por ser una política-estatutaria. La segunda parrhesía, sería la que Creúsa desarrolla al hablar con Ión. Por último, la tercera parrhesía sería la confesión que realiza Creúsa al anciano, la cual se caracteriza

⁵⁶ Eurípides, *Ión* (Madrid: Gredos, 1995), 16.

⁵⁷ Véase Eurípides, *Ión*, 36. “IÓN. — (...) Yo he recibido con alegría la suerte de recuperarte como padre. Mas escucha, padre, lo que yo sé: dicen que la autóctona e ilustre Atenas es raza no mezclada con extranjeros. Voy a caer allí aquejado de dos taras: ser hijo de extranjero y bastardo. Pues bien, teniendo ya está mancha careceré de influencia y si llego a ser un ciudadano de primera fila en la ciudad y busco ser alguien, seré objeto de odio para la clase desposeída. Y es que todo el que destaca se hace odioso. En cuanto a los que son honrados y poderosos, si son sabios, callan y no se precipitan a la hora de actuar; para éstos seré objeto de burla y tachado de necio por no alejarme de la vida política en una ciudad llena de inquietud. Finalmente, los oradores y quienes manejan la ciudad me descartarán con sus votos si me acerco a los honores. Así suele suceder, padre: los que dominan las ciudades y los cargos se ensañan con sus adversarios. Además si llego como un advenedizo a la casa de una mujer sin hijos, que hasta hoy ha compartido contigo esta desgracia pero que ahora tendrá que soportar ella sola su amarga suerte, ¿no es lógico que me odie cuando me acerque a ti? Siendo estéril como es, ¿no mirará con rencor lo que tú amas? Y tú, o me traicionas y atiendes a tu mujer, o si prefieres honrarme a mí, tendrás un caos en tu hogar. ¡Cuántas muertes con venenos mortales no habrán ideado ya las mujeres para acabar con sus maridos! Pero además compadezco a tu esposa que envejece sin hijos; pues no es justo que quien ha nacido de nobles padres se consuma en la esterilidad. /En cuanto a la tiranía, tan en vano elogiada, su rostro es agradable pero por dentro es dolorosa. ¿Cómo puede ser feliz y afortunada quien arrastra su existencia en el terror y la sospecha de que va a sufrir violencia? Prefiero vivir como ciudadano feliz antes que como tirano a quien complace tener a los cobardes como amigos y en cambio odia a los valientes por temor a la muerte”.

por ser un decir veraz moral⁵⁸. Junto con ello, Michel Foucault agrega que le “gustaría volver una vez más a la parrhesía política, porque de una forma u otra ocupa el centro de la obra, mientras que las otras dos (judicial y moral) solo aparecen a título de instrumento”⁵⁹. Esto quiere decir que la parrhesía política depende, o más bien, debe su existencia a la presencia de la franqueza y valor⁶⁰ que se manifiesta en la parrhesía ética y de la judicial⁶¹.

A partir de ello, el interés de esta tesis está radicado en la segunda forma de parrhesía, la cual, en palabras mismas de Foucault, está al servicio de la parrhesía política. Por consiguiente, el legítimo derecho de un ciudadano dentro de una *polis* democrática, requiere que la injusticia no solo quede destapada, sino también es necesario que se termine.

Ahora bien, la parrhesía judicial, ceñida al texto de Eurípides, no necesita de la existencia de un proceso judicial, de modo que no está condicionada al aparato jurídico. Por el contrario, se basa en el deseo de justicia más allá de las solemnidades, pues el grito de Creúsa surge tanto como una reacción a la difícil situación a la que la expuso el dios y como un reproche a este por su abuso de poder. De este modo, se atiende a concepciones de justicia material, más propiamente a una justicia correctiva, en donde, lo que se quiere es volver a la igualdad inicial que fue corrompida, en este caso, por Apolo.

Desde otra perspectiva, también puede observarse una búsqueda de la justicia retributiva, pues cuando Creúsa se cuestiona “¿a dónde iremos a reclamar justicia si nos vemos perdidas por

⁵⁸ Véase Foucault, *El gobierno de sí y de los otros*, 166.

⁵⁹ Foucault, *El gobierno de sí y de los otros*, 166.

⁶⁰ De acuerdo a lo señalado por José Luis Moreno, lo que otorga el “grito de Creúsa” es, en definitiva, legitimidad al decir veraz de Ión. En este sentido “[l]a legitimidad, aquella que permitirá competir por el prestigio democrático, necesitará de la rebelión de Creúsa, capaz de gritarle al dios, acompañada por un coro de mujeres, la tremenda injusticia perpetrada contra ella” (José Luis Moreno, “Isegoría y parrhesia: Foucault lector de Ión”, *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política* 49 (2013): 517).

⁶¹ Cabe señalar que la franqueza y el valor no son condiciones externas para el surgimiento de la parrhesía, sino que más bien corresponden a elementos que el sujeto deberá expresar para que su hablar sea parrhesiástico. Esto queda más claro en palabras de Alzola: “nos equivocáramos si pensáramos que se trata de condiciones que de alguna manera se tienen que producir antes, en una especie de consecución temporal, para que la parrhesía aparezca, pudiendo desaparecer sin problemas una vez alcanzado el derecho de hablar con libertad. La franqueza y el valor son condiciones permanentes para que la palabra de los hombres sea considerada verdadera. Lejos de que la parrhesía esté emparentada con elementos externos que la hagan surgir, éstas deben ser entendidas como condiciones que el sujeto tendrá necesariamente que cumplir para que su decir sea considerado como parrhesía” (Aitor Alzola, “El silencio de los dioses, la palabra de los hombres: fundamentos de la democracia ateniense”, *Dorsal. Revista de Estudios Foucaultianos* 2 (2017): 272).

la injusticia de los que dominan?”⁶², busca “dar a cada uno lo suyo”, con el objeto de que no quede ninguna situación injusta sin reproche.

Ante estas situaciones, la parrhesía judicial, además de las condiciones propias de todo discurso veraz (político) para constituirse, requiere ser un discurso dado por un débil, que siempre apela a la justicia material (que puede ser correctiva o distributiva si seguimos los planteamientos de Aristóteles), y junto con ello, un discurso de imprecación o reproche, en donde se busca una atribución de responsabilidad cuyo deseo último es que las situaciones no queden impunes.

En lo que sigue de esta tesis, se buscará ver este tipo de parrhesía en circunstancias formales dentro de la práctica judicial actual, particularmente en el momento de la decisión judicial. Sin embargo, cabe hacer notar que, como se mencionó, esta parrhesía no necesita de las solemnidades jurisdiccionales para realizarse.

También es menester precisar que no es un ejercicio fácil observar este tipo de decir veraz en la adjudicación judicial, pues el juez no está en la posición de debilidad o desventaja, dada su investidura; por el contrario, el juez es muchas veces a quien va dirigido ese grito de impotencia. Sin embargo, una de las principales conclusiones a la que se busca llegar es que el juez, cuando se enfrenta a la verdad de la ley no mediante procedimientos que la preservan sino con el objeto de salirse de su verdad, para proponer otra que se condice con la justicia material, está en una situación de riesgo, en tanto abandona su sujeción a la ley. Esto ocurre particularmente en los casos difíciles, en los cuales, como se planteará, la solución justa en términos materiales depende necesariamente del alejamiento del marco normativo y de la mutación del juzgador a un no-juez, en tanto es menester dejar de ajustarse a lo justo (entendido modernamente como justicia dada por la reglas y sus procedimientos).

Finalmente agregar que, dicho actuar como parrhesiastés del juez, no busca plantearse como bueno o malo, sino solo como una situación que es posible, siguiendo en esto una pretensión genealógica que se basa no solo “en el pasado la huella de acontecimientos singulares, sino que se plantea la cuestión de la posibilidad de los acontecimientos hoy en día”⁶³.

⁶² Eurípides, *Ión* (Madrid: Gredos, 1995), 16.

⁶³ Judith Revel, *Diccionario Foucault* (Bueno Aires: Nueva Visión, 2009), 71.

CAPÍTULO 2. DECISIÓN JUDICIAL Y PARRHESÍA

Habiendo ya conceptualizado, caracterizado y clasificado la noción de parrhesía, es preciso ver ahora cómo este concepto surge en la práctica judicial; y más específicamente en la labor del juez durante la decisión judicial, quebrando ello casuísticamente el discurso jurídico.

Para ello, este capítulo tiene como objetivo proponer a la noción de la parrhesía, y más precisamente, a la parrhesía de tipo judicial, como un elemento que permite explicar parte del comportamiento judicial. Sin embargo, dicha noción no es aplicable en todos los casos, sino solo en aquellas circunstancias que se pueden categorizar como los “casos difíciles”, en los cuales en general el juez deja de decidir en torno a razones formales, para adjudicar en base a concepciones de justicia material, usando así el derecho como mera herramienta.

En este sentido, este capítulo se dividirá en cuatro secciones. La primera intentará explicar por qué el sistema jurídico puede concebirse como una forma jurídica, como un discurso y como un dispositivo, el cual, aun cuando sea uno jurídico, entraña voluntades o regímenes de veridicción. La segunda sección, busca analizar el comportamiento del juez frente al discurso jurídico, que se realiza particularmente en la adjudicación. Ello con el objeto de describir cómo el juez, siguiendo determinadas doctrinas, se enfrenta a lo que se considera como derecho aplicable al caso; y cómo, a partir de la determinación del derecho, se configuran la noción de caso difícil. La tercera sección, por su parte, busca plantear un quiebre a través de la concepción de los casos difíciles, indicando que en ellos el problema relevante es sobre la justicia y no sobre derecho. Finalmente, la cuarta sección ofrece una relectura de la decisión judicial a partir de la noción de parrhesía, en base a la cual la adjudicación se presenta como un acto de justicia material, en el que no se utilizan los procedimientos de exclusión como formalidades que dan existencia a la verdad del derecho, sino que se utiliza una verdad que no está en la verdad del discurso jurídico para obtener justicia.

Cabe advertir, que para el desarrollo de este capítulo se comenzará conceptualizando lo que comúnmente se entiende por “caso difícil”, para luego indicar que allí surge una ruptura insalvable, en base a la cual es necesario reconceptualizar dicha noción. Por lo anterior, se pretende proponer que lejos de ser la decisión judicial una cuestión siempre técnica, en ella está muchas veces en juego el coraje del juez, consistente en actuar en pos de una justicia material, lo cual intentará ser explicado durante el desarrollo de este capítulo.

2.1 El Derecho como una forma jurídica, como un discurso y como un dispositivo

Existen múltiples aproximaciones a lo que se entiende por derecho, todas las cuales ven al fenómeno jurídico desde diferentes perspectivas. Algunas concepciones ven a este fenómeno como uno puramente normativo (pensemos en el positivismo); otras lo ven como un una práctica social (por ejemplo algunos positivistas “blandos” como Hart), o como un conjunto de reglas y principios, en donde la moral está presente. También se puede entender al derecho como la pura aplicación que hacen los tribunales de él, tal como lo concebía el juez Holmes⁶⁴.

Para esta tesis, el derecho se concebirá como una práctica social que contiene una serie de funciones y procedimientos, los cuales van mutando en la medida que la concepción del poder cambia. En este sentido, lo que se plantea es entender al derecho como un discurso, cuyas formas están estrechamente relacionadas con el poder y con las verdades que este busque generar. Sin embargo, para entender al derecho de esta manera es necesario comprender antes qué se entiende por poder y cómo este ha ido cambiando. Por ello, esta sección se dividirá en cuatro partes. (a) Primero se verá la influencia del poder en el derecho, dependiendo del poder que se trate; (b) luego, se verá al derecho como una forma jurídica; (c) posteriormente, se analizará al sistema jurídico como un discurso y como un dispositivo para, (d) finalmente, ver los distintos procedimientos de exclusión que contiene.

a) La influencia del poder en el derecho

En la clase del 14 de enero de 1976, Michel Foucault plantea una pregunta crucial, en base a la cual comenzará su exposición referente a cómo se concibe el derecho y su vinculación con el poder. La pregunta que se plantea es sobre “¿cuáles son las reglas de derecho que las relaciones de poder ponen en acción para producir discursos de verdad?”⁶⁵. Frente a esta interrogante este autor planteará que las reglas del derecho dependen del poder que estemos hablando, pues si se trata de un poder soberano, la normativa será distinta a si se trata de un poder disciplinario o de un biopoder. Por esta razón es menester analizar cómo las características de un determinado tipo de poder influyen en el fundamento de validez y de efectividad de un sistema jurídico.

⁶⁴ Véase Oliver W. Holmes, *La senda del derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1975). “Yo entiendo por Derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto: nada más y nada menos” (*Ibid.* 21).

⁶⁵ Michel Foucault, *Defender la sociedad. Curso Collège de France 1975-1976* (México: Editorial Fondo de Cultura Económico, 2001), 34.

El primer poder analizado por Foucault en la clase dictada en 1976 es el poder real o de soberanía. Este se caracteriza por ser un solo gran poder que, en tanto conjunto de instituciones y aparatos, garantiza la sujeción de los individuos a un Estado. Asimismo, este poder es aquel que “liga al soberano y al súbdito según un par de relaciones asimétricas: por un lado la sustracción, por otro, el gasto”⁶⁶. Junto con ello, en este poder de soberanía siempre nos encontramos ante una marca de anterioridad fundadora, en base a la cual la relación soberana siempre se conforma por una conquista, sin embargo, ello no obsta a que constantemente se reactualice. De la misma forma, este poder principesco se caracteriza por no generar relaciones isotópicas, pues carece de cualquier medida común, generándose, por lo mismo, una jerarquía exhaustiva y planificada. A partir de ello, vemos que el poder de soberanía es un poder vertical, que viene desde arriba, que se dirige a multitudes, y que, cuando actúa, lo hace con un sentido de espectáculo, para causar shock en la población.

El derecho que surge a partir de este tipo de poder es posible concebirlo desde dos perspectivas, la primera en base a la legitimidad de este derecho y la segunda en base al dominio que se ejerce por medio del conjunto de reglas. La legitimidad va asociada directamente a la validez de un ordenamiento, y en este caso, la validez vendría del soberano, pues –tal como lo concibe Austin– el derecho son órdenes respaldadas por amenazas dadas por el soberano⁶⁷. Ahora, en cuanto a la dominación, esta va orientada a la multitud, razón por la cual el castigo, por ejemplo, no será una cuestión invisibilizada, sino un espectáculo público.

Contrario a dicha concepción, el poder disciplinario es “una multiplicidad de las relaciones de fuerza inmanentes y propias del campo en que se ejercen, y que son constitutivas de su organización”⁶⁸. En este tipo de poder, por lo tanto, no hay dualismos ni asimetría, tampoco esa especie de captura fragmentaria, sino lo que hay es una ocupación del tiempo y la vida del individuo. Asimismo, este poder no es discontinuo, sino que es uno terminal u óptimo que funciona por sí solo porque tiene una visibilidad continua garantizada por la escritura, lo cual nos

⁶⁶ Michel Foucault, *El poder psiquiátrico* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005), 62.

⁶⁷ Véase John Austin, *El Objeto de la Jurisprudencia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 183. Bajo la teoría simple del derecho que nos muestra Austin, donde las órdenes son una manifestación de deseo - especialmente de aquel que ostenta el poder-, el derecho se constituye como una herramienta fundamental en manos del soberano, como un mecanismo de acción, de sometimiento y no como un mecanismo legitimador del poder que ostenta quien da órdenes. En este sentido, concebir al derecho relacionado con la soberanía, implica entender al ordenamiento jurídico como una cuestión más bien ajena y temida, como una cuestión cuya relación no es cotidiana ni isotópica, sino jerárquica y sancionadora.

⁶⁸ Michel Foucault, *Historia de la Sexualidad. La voluntad del saber* (México, D.F.: Siglo XXI Editores, 2007), 112.

permite caracterizar a este poder como uno de carácter panóptico. Junto con esto, este poder horizontal es isotópico, o al menos tiende a la isotopía, lo cual causa que existan elementos subordinados y superordinados, en los cuales no hay incompatibilidad ni conflicto, debido a la esquematización y jerarquía, pero si hay residuos. Los residuos se entienden como algo “inclasificable”, lo cual fundamentará la aparición de sistemas disciplinarios complementarios para poder recuperar a los individuos (llámese estos “residuos” delincuentes, enfermos mentales, desertores, etcétera).

A raíz de esto, vemos que el poder disciplinario es aquel que engloba todo, que está en todas partes, y que es una situación estratégica compleja en una sociedad dada que domina cuerpos y no multitudes. En este sentido, el derecho aquí deja de legitimarse en base a la existencia de un soberano, para encontrar su validez en la democratización de la soberanía, es decir, en “la introducción de un derecho público articulado en la soberanía colectiva (...) porque esa democratización estaba lastrada por la profundidad de los mecanismos de la coerción disciplinaria”⁶⁹. Ahora, en cuanto a la dominación del derecho, ésta ya no está basada en la idea de “un castigo ejemplar”, sino más bien en la idea de normalización. En códigos de conductas que coaccionan el actuar de las persona, como los códigos penales o los códigos civiles.

En la clase del 17 de marzo de 1976, Michel Foucault analizará un tercer tipo de poder, el biopoder, el cual se caracteriza por observar los fenómenos de la sociedad a nivel de la especie humana y no a nivel de individuos, generando mecanismos para solucionar y controlar aquel actuar de la sociedad que pueda ser problemático⁷⁰. Junto con ello, este poder se distingue por no *hacer morir* sino *hacer vivir*, de modo tal que su cuidado está en evitar la muerte, asumiendo para ello la administración de la vida a partir de dos polos, el de la anatomopolítica y el de la biopolítica.

El derecho, entonces, desde esta última perspectiva ya no se ve como la voluntad soberana ni tampoco como un código de conducta, sino que se ve como una forma de regularización de la vida. En este sentido, el derecho en tanto regulación ejerce el racismo para un control más efectivo, es decir, distingue entre jerarquías, entre razas, entre sexos, para hacer más eficaz su dominio y, sobre todo, para *hacer vivir* mejor a otros a costa del sacrificio de algunos. Algunos ejemplos de este tipo de regulación lo podemos ver en las leyes de migración, en el control preventivo de identidad, en los mecanismos de selección a ciertos cargos públicos, en políticas

⁶⁹ Foucault, *Defender la Sociedad*, 44.

⁷⁰ *Ibid.* 220.

públicas en torno a maternidad, en la seguridad ciudadana, en la regulación en torno al terrorismo, entre otros. Por consiguiente, el dominio de este poder está en la vida de los individuos y su legitimidad en *hacer vivir* de mejor forma a un selecto grupo de individuo, en perjuicio de otros.

A partir de lo anterior, es posible dar cuenta que, de las características del poder, depende lo que se comprenda por derecho, pues la validez y la eficacia se fundamentan de distintas formas, en virtud del objeto o de la verdad que se quiera producir, y a las personas que pretenda llegar esa reproducción de la verdad. Por consiguiente, la influencia del poder en el derecho es directa, pues dependiendo del objeto de la técnica política, el derecho variará su discurso y sus formas.

b) El derecho como una forma jurídica

El ordenamiento jurídico, dentro de un Estado de Derecho, como ocurre en la actualidad, se caracteriza por poseer una serie de principios fundamentales, tales como la supremacía constitucional, el principio de legalidad, la igualdad ante la ley y una serie de otros elementos que garantizan una justa deliberación, como la independencia judicial y la imparcialidad. Sin embargo, estas características del derecho moderno, no han sido siempre las mismas, pues han existido distintas clases de formas jurídicas a lo largo de la historia. Por lo anterior, se vuelven relevantes las preguntas sobre por qué han existido distintas formas jurídicas y cómo llegamos a las actuales. En este sentido, y sin el afán de hacer un recorrido detallado sobre las distintas características que ha presentado el derecho, en lo que sigue se intentará dar ciertas luces acerca de la influencia que ha tenido el poder en la estructura del ordenamiento jurídico.

De la primera conferencia que realiza Michel Foucault en la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro en 1973⁷¹, es posible evidenciar que las formas jurídicas no son estructuras inocuas, sino por el contrario, son herramientas poderosas toda vez que pueden dar origen a múltiples formas de verdad. Estas formas de verdad emergen a raíz de la indagación, que es entendida por este autor como una investigación de la verdad, que varía directamente cuando la técnica política modifica sus objetivos. Desde esta perspectiva, entonces, “allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, (...) vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objetos, tipos de saber y (...) una historia externa, exterior, de la verdad”⁷².

⁷¹ Véase Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas* (Barcelona: Editorial Gedisa, 1996).

⁷² *Ibid.* 17.

A partir de lo anterior, se observan cuatro conceptos claves relacionados con el derecho: la técnica política, la forma jurídica, la indagación y las formas de verdad. La técnica política se refiere a aquello que Foucault ha denominado como el *arte de gobernar*, el cual da cuenta de “la manera meditada de hacer el mejor gobierno y también, al mismo tiempo, [de] la reflexión sobre la mejor manera posible de gobernar”⁷³. Desde esta perspectiva, lo que analiza –en definitiva– es el ejercicio de la soberanía política fundamentada en la práctica gubernamental.

Es así entonces que dependiendo de la manera en que se considere hacer un mejor gobierno, el ejercicio de la soberanía política utilizará distintos mecanismos para obtener dicho objetivo. De este modo, si el propósito es que todo daño ocasionado dentro de una comunidad siempre pueda ser reparado y vengado, se usarán mecanismos como las acciones judiciales para que dicho daño sea resarcido, utilizándose así al derecho como una forma de reglamentar la venganza, tal y como ocurre durante el Medioevo europeo⁷⁴. Sin embargo, si el objeto ya no es la venganza frente a un daño, sino proteger al Estado o al monarca frente a una infracción, el objeto de la técnica política deja de ser el resarcimiento del daño a un individuo, para ser ahora la reparación de la ofensa cometida hacia el soberano.

A raíz de ello, el derecho se ve como una de las principales formas para garantizar dichos objetivos, pues será el ordenamiento jurídico el que permitirá una forma reglamentada de venganza, en el caso del derecho germánico, o las confiscaciones a nombre del rey en el caso de las infracciones al Estado o monarquía. Desde esta perspectiva, es relevante lo mencionado en el apartado anterior, en el sentido que el poder, y sus características específicas, influyen en lo que se comprende por derecho.

Ahora bien, las formas jurídicas utilizarán distintos tipos de indagaciones para llegar a lo que se quiere castigar o reglamentar, de este modo, en el derecho germánico –como el objeto en general es la venganza particular– las formas de indagación no serán las más sofisticadas, pues no se busca determinar la verdad de un caso, sino más bien “establecer quién es el más fuerte, y al mismo tiempo quién tiene la razón”⁷⁵. Por ello no resulta absurdo que se utilicen como modos de indagación a las ordalías, pues el objeto no es la verdad.

⁷³ Michel Foucault, *El nacimiento de la biopolítica* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007), 17.

⁷⁴ Véase Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, 65 y ss.

⁷⁵ Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, 72.

Por lo anterior, la indagación, como parte de la forma jurídica “deriva de un cierto tipo de relaciones de poder, de una manera de ejercer el poder”⁷⁶. Asimismo, se genera como una consecuencia de la transformación de la política que produce no un contenido, sino un saber específico, que se sitúa entre cierta forma de ejercer el poder y ciertas herramientas del conocimiento. Desde esta perspectiva, es evidente que la indagación se ha ido racionalizando y modernizando, pues las relaciones políticas han ido variando hacia una concepción más disciplinaria y de regularización de la población.

Cabe señalar, sin embargo, que la indagación es una forma de investigar la verdad que no necesariamente está ligada con lo jurídico, pero que dadas las características de las sociedades modernas, se vincula con el derecho. Ello porque:

La indagación es precisamente una forma política, de gestión, de ejercicio del poder que, por medio de la institución judicial pasó a ser, en la cultura occidental, una manera de autenticar la verdad, de adquirir cosas que habrá de ser consideradas como verdaderas y de transmitir las. La indagación es la forma de saber-poder, y es el análisis de este tipo de formas que nos conducirá al análisis más estricto de las relaciones que existen entre los conflictos de conocimiento y las determinaciones económica-políticas⁷⁷.

Con todo esto, es decir, con la indagación ligada estrechamente con lo jurídico como una forma de ejercer el poder o de hacer política, llegamos al último elemento nombrado: las formas de verdad. Estas formas de verdad son –en último término– el efecto de los mecanismos utilizados por la técnica política para cumplir con sus fines. Es así entonces que del seguimiento de un conjunto de normas (jurídicas, sociales, morales, etc.) se constituyen ciertos modos de ser, formas de vida, pero también, y ya en un plano moral –como sustancia ética⁷⁸–, se determinan las formas en cómo deviene un sujeto formador de sí.

Desde esta perspectiva, es posible observar la relación de transitividad entre la técnica política, las formas jurídicas, la indagación y las formas de verdad, pues estos elementos constituyen una cadena que comienza con una determinada forma de hacer política, o una determinada forma de poder (sea este uno soberano, uno disciplinario o un biopoder) y que utiliza a la indagación dentro de las formas jurídicas para producir, finalmente, una verdad. Por

⁷⁶*Ibid.* 83.

⁷⁷ *Ibid.* 87 y 88.

⁷⁸ Véase Judith Butler, “¿Qué es la crítica? Un ensayo sobre la virtud de Foucault”, *Brumaria* 7 (2006): 15 -31. Cuando se habla de la sustancia ética a lo que se refiere “no es una mera cuestión de conocimiento o conciencia de sí; denota [más bien] una constitución de sí como ‘sujeto moral’, en la que el individuo circunscribe la parte de sí mismo que constituye el objeto de esa práctica moral” (*Ibid.* 166).

consiguiente, si han existido distintas formas jurídicas, es porque ellas son una invención que se acomoda al objeto que persiga el poder, de modo tal que estas formas mutarán su validez y su eficacia tantas veces como el poder cambie.

Sin embargo, aún persiste la pregunta sobre por qué llegamos a las formas jurídicas actuales, en donde los métodos de indagación son mucho más sofisticados que, por ejemplo, los del derecho germánico. Frente a esta pregunta, cabe señalar que desde mediados del siglo XVIII surge un nuevo *arte de gobernar*, el cual se basa en un tipo de racionalidad específico dentro de la práctica gubernamental. O dicho en otros términos, surge “cierto tipo de racionalidad que permitiría ajustar la manera de gobernar a algo denominado Estado y que, con respecto a esa práctica gubernamental y al cálculo de ésta, cumple el papel de un dato, pues solo se gobierna un Estado que se da como ya presente”⁷⁹.

En base a esa racionalidad, como consecuencia, surge la razón de Estado, en virtud de la cual todo gobernante debe, por una parte, respetar ciertos límites externos, pero, a su vez, tiene la facultad de controlar lo interno de forma ilimitada, obedeciendo a los objetivos que se proponga, que particularmente en las sociedades modernas están orientados a una economía política. Por ello, aquí el derecho y las instituciones jurídicas, no serán herramientas para el desarrollo de un poder real, sino que son mecanismos que ayudan a la razón de Estado y que la hacen más eficaz. Por consiguiente, las formas de poder que tiene preponderancia son la disciplinaria y el biopoder.

En este sentido, si nuestro objeto es mantener cuerpos dóciles al servicio de la producción y reproducción de modos de ser, es necesario al menos garantizar derechos mínimos para que no existan sublevaciones que afecten el objeto de la razón de Estado. Por consiguiente, los principios que al comienzo se nombraban, constituyen garantías mínimas para el desarrollo de un gobierno. Lo anterior lo explica muy claramente Foucault:

Bajo la forma jurídica general que garantizaba un sistema de derechos en principio igualitarios había, subyacentes, esos mecanismos menudos, cotidianos y físicos, todos esos sistemas de micropoder esencialmente inigualitarios y disimétricos que constituyen las disciplinas. Y si, de una manera muy formal, el régimen representativo permite que directa o indirectamente, con o sin enlaces, la voluntad de todos forme la instancia fundamental de la soberanía, las disciplinas dan, en la base, garantía de la sumisión de las fuerzas y de los cuerpos. Las disciplinas reales y corporales han constituido el subsuelo de las libertades formales y jurídicas⁸⁰.

⁷⁹ Foucault, *El nacimiento de la biopolítica*, 19.

⁸⁰ Foucault, *Defender la sociedad. Curso Collège de France 1975-1976*, 225.

Desde esta perspectiva, por lo tanto, el derecho moderno disciplina a los individuos mediante códigos de conductas que por un parte, garantizan principios básicos, pero que por otra parte, coaccionan el comportamiento y lo jerarquizan, por medio de regulaciones que no son ciegas a la raza, al sexo y a la clase.

c) El derecho como un discurso y un dispositivo

A partir de lo anterior, surge un tercer tema relacionado con el derecho, que deriva como una consecuencia de las formas jurídicas, pues, si estas son una invención que dependen del tipo de poder, el ordenamiento jurídico sería –en definitiva– un discurso que contiene verdades y un dispositivo que contiene distintas técnicas de sujeción. Desde esta perspectiva, es esencial comprender qué es un discurso, qué un dispositivo y por qué el derecho se compone de estos dos elementos que constituyen y hacen eficaz la obediencia a distintas verdades.

La noción de discurso puede indicar varias cuestiones. Por una parte, puede referirse a aspectos lingüísticos y metodológicos relacionados con los enunciados, como ocurre en *La Arqueología del Saber*, en donde Foucault reconoce que “en lugar de concretar poco a poco la significación tan vaga de la palabra ‘discurso’, creo haber multiplicado sus sentidos: unas veces dominio general de todos los enunciados, otras, grupo individualizable de enunciados, otras, en fin, práctica regulada que da cuenta de cierto número de enunciados”⁸¹. Sin embargo, por otra parte, se entenderá por discurso al intento de dar cuenta descriptivamente las distintas clases de discursos dados en determinadas épocas, o en palabras de Revel:

[Se trata de] historizar los procedimientos de identificación y clasificación característicos de ese período: en tal sentido, la arqueología foucaultiana de los discursos ya no es un análisis lingüístico sino una interrogación sobre las condiciones de surgimiento de dispositivos discursivos que dan en sostener prácticas (como en la Historia de la locura) o en engendrarlas (como en Las palabras y las cosas o La arqueología del saber)⁸².

Desde esta perspectiva –y siguiendo a Revel–, el término discurso en la obra foucaultiana indica un “eco lingüístico de la articulación entre saber y poder”⁸³, en base al cual se sigue un orden del lenguaje. En todo caso, cabe señalar que no hay que comprender que detrás del discurso se esconde un poder, por el contrario, es necesario concebir que los discursos mismos son “elementos o bloques tácticos en el campo de las relaciones de fuerza: pueden haberlos

⁸¹ Michel Foucault, *La Arqueología del Saber* (Madrid: Siglo XXI Editores, 1997), 132.

⁸² Revel, *Diccionario Foucault*, 51.

⁸³ *Ibid.* 51.

diferentes e incluso contradictorios en el interior de la misma estrategia; pueden por el contrario circular sin cambiar de forma entre estrategias opuestas”⁸⁴.

A partir de lo anterior, los discursos pueden comprenderse como formadores de subjetividad, es decir, formadores de sujetos que no producen, sino que reproducen ciertas verdades. Desde esta concepción, el discurso se transforma en una herramienta de objetivación del sujeto. No obstante a ello, los discursos también pueden constituir un espacio de desobediencia a los efectos del poder, pues “el discurso transporta y produce poder; lo refuerza pero también lo mina, lo expone, lo torna frágil y permite detenerlo”⁸⁵. Por consiguiente, la noción de discurso es compleja, pues implica un juego permanente de poder que puede funcionar en un sentido u otro, dependiendo de las técnicas que utilice.

Por otra parte, la noción dispositivo en la obra foucaultiana se entiende como una variación del término *episteme*, pues ya no se parte desde una base arqueológica, sino que desde una genealógica. Por lo mismo, los dispositivos “por definición, (...) son de naturaleza heterogénea: se trata tanto de discursos como de prácticas, de instituciones como de tácticas móviles; de tal modo, Foucault llegará a hablar, según los casos, de ‘dispositivos de poder’, ‘dispositivos de saber’, ‘dispositivos disciplinarios’, ‘dispositivos de sexualidad’, etcétera”⁸⁶. Es así entonces que la noción de dispositivo se refiere más propiamente a las técnicas particulares que se emplean como herramientas de sujeción, las cuales no necesariamente son discursos sino que pueden ser cuestiones muy concretas como la práctica de la confesión, las doctrinas teóricas del derecho, las formas de interpretación, etc.

d) Procedimientos de exclusión que contiene el discurso del derecho

Comprender al derecho como un discurso, y por lo mismo, como una invención o como una forma, trae diversas implicancias pues los discursos pueden operar en distintos sentidos, ya sea al servicio de un tipo de poder o en contra de este, razón por la cual estos son en sí mismos una herramienta peligrosa que pueden apoyar o minar distintas prácticas. Por lo mismo, en base al innegable poder que tienen los discursos, Foucault en *El orden del discurso* da cuenta de distintos mecanismos de reducción del poder que ostentan estos. Dichos mecanismos básicamente se agrupan en tres grupos: los procedimientos de exclusión externos, los procedimientos de

⁸⁴ Foucault, *Historia de la Sexualidad. La voluntad del saber*, 124.

⁸⁵ *Ibid.* 123.

⁸⁶ Revel, *Diccionario Foucault*, 53.

exclusión internos y los procedimientos que seleccionan a los sujetos que pueden hablar. En este sentido, y sin el propósito de hacer un análisis exhaustivo de cada uno de ellos, a continuación se presentará los distintos mecanismos de reducción que operan en el derecho, en tanto discurso.

i) Procedimientos de exclusión externos en el derecho

Los procedimientos de exclusión externos “se ejercen en cierta manera desde el exterior; funcionan como sistemas de exclusión; conciernen sin duda a la parte del discurso que pone en juego el poder y el deseo”⁸⁷. Asimismo, estos mecanismos externos pueden ser prohibitivos, de separación o de verdad. En el derecho es posible observar todas estas técnicas de exclusión. La prohibición es una de las más evidentes, toda vez que el derecho contiene reglas primarias o reglas de sanción, en base a las cuales se castigan las conductas que rompen una prohibición. A su vez, las conductas prohibidas generalmente están asociadas al menoscabo de bienes jurídicos personalísimos, como la vida, la integridad física y síquica o la libertad. Sin embargo, también es posible evidenciar prohibiciones a conductas sexuales como la sodomía o el incesto y, asimismo, las penas se pueden ver influenciadas por cuestiones referentes a la familia o a la investidura de un funcionario público.

Desde esta perspectiva, las prohibiciones existentes dentro del ordenamiento jurídico, dan cuenta de una cierta vinculación del deseo y del poder, toda vez que el discurso no se presenta como un conjunto de enunciados neutro, sino que castiga ciertos deseos, ciertas prácticas, no solo reprochándolas jurídico-penalmente, sino también estigmatizándola y estableciéndolas como incorrectas. Esto es especialmente problemático en temas relacionados con la familia y la sexualidad (sodomía o aborto).

Junto con ello, el discurso jurídico también se constituye en base a la separación. Ello se evidencia a través de distintas prácticas. En primer lugar está el castigo, el cual claramente constituye una exclusión del sujeto condenado respecto a los demás, pues este sujeto no solo es estigmatizado, sino también pierde una serie de derechos, tales como la ciudadanía –en ciertos casos–, de modo tal que los condenados dejan de ser sujetos legítimos, al menos políticamente.

En segundo lugar, la separación la podemos encontrar en aquellos casos en donde la ley no permite ciertas acciones, pero tampoco las prohíbe expresamente. Por ejemplo, el artículo 102 de nuestro Código Civil establece que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, razón por la

⁸⁷ Foucault, *El orden del discurso*, 25.

cual no permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo, pero tampoco existe una prohibición expresa. En tales situaciones se excluye un grupo de personas de una práctica, siendo válida y legítima solo aquella permitida expresamente.

Por último, una tercera manera de exclusión externa está ligada con la voluntad de verdad que los discursos poseen. La voluntad de verdad, para Foucault es aquella que:

Se apoya en una base institucional: está a la vez reforzada y acompañada por una densa serie de prácticas como la pedagogía, el sistema de libros, la edición, las bibliotecas, las sociedades de sabios de antaño, los laboratorios actuales. Pero es acompañada también, más profundamente sin duda, por la forma que tiene el saber de ponerse en práctica en una sociedad, en la que es valorado, distribuido, repartido y en cierta forma atribuido (...) esta voluntad de verdad apoyada en una base y una distribución institucional, tiende a ejercer sobre los otros discursos -hablo siempre de nuestra sociedad- una especie de presión y de poder de coacción⁸⁸.

Esta voluntad de verdad en el derecho aparece como el discurso válido y eficaz, como el discurso de la ley, el cual ha ido variado con el pasar del tiempo, pues en un momento este discurso estaba relacionado con la voluntad divina, en otro estaba vinculado a un contrato o pacto social, o a una voluntad general. En todo caso, independiente de la voluntad a la cual se adscriba, el discurso del derecho se observa como un discurso sobre lo bueno, lo justo y lo correcto. No obstante a ello, esta voluntad de verdad funciona como un importante mecanismo de exclusión de otras verdades, de otros saberes, que pueden ser locales, autóctonos de una zona, ancestrales, pero que quedan invalidados por no estar «en la verdad» del discurso jurídico. Pensemos, por ejemplo, en el pueblo mapuche o en el aborto.

ii) *Procedimientos de exclusión internos en el derecho*

Por otra parte, existen mecanismos de exclusión que no son externos, sino que son internos en los discursos. Aquí “son los discursos mismos los que ejercen su propio control; procedimientos que juegan un tanto en calidad de principios de clasificación, de ordenación, de distribución, como si se tratase en este caso de dominar otra dimensión del discurso: aquella de lo que acontece y del azar”⁸⁹. En relación con el derecho, el comentario y la disciplina son dos mecanismos de control interno muy relevantes.

⁸⁸ *Ibid.* 22.

⁸⁹ *Ibid.* 25.

En cuanto al comentario, este corresponde a los enunciados “que «se dicen» en el curso de los días y de las conversaciones, y que desaparecen con el acto mismo que los ha pronunciado”⁹⁰. Junto con ello, el comentario permite la repetición de un discurso, con lo cual limita la aleatoriedad de estos en razón a que se sabe lo que se va a decir, porque el comentario de un discurso es la reactualización del mismo. O dicho en otros términos “[l]a multiplicidad abierta y el azar son transferidos, por el principio del comentario, de aquello que podría ser dicho, sobre el número, la forma, la máscara, la circunstancia de la repetición. Lo nuevo no está en lo que se dice, sino en el acontecimiento de su retorno”⁹¹. Desde esta perspectiva, el comentario está en la exégesis legal, es decir, en la interpretación del derecho literal, como una forma de asegurar no la creación de un discurso, sino el retorno a uno ya dado.

En segundo lugar, las disciplinas⁹² ayudarán a determinar cuál forma de interpretar el discurso del derecho es la correcta, de modo tal que se generará una metodología específica para llegar a determinar el contenido de verdad. Ahora bien, las disciplinas como mecanismo interno de exclusión de discursos, se diferencian del comentario toda vez que con ellas no se busca repetir lo dicho, sino generar nuevas formas de enunciar el contenido de un discurso. Sin embargo, aquí “una proposición debe cumplir complejas y graves exigencias para poder pertenecer al conjunto de una disciplina; antes de poder ser llamada verdadera o falsa, debe estar, como diría Canguilhem, «en la verdad»”⁹³.

Desde esta perspectiva, el lugar de las disciplinas en el derecho estaría radicado en ciertos saberes específicos que cada doctrina propone, entendiéndose por doctrinas –como inmediatamente se verá– a las teorías del derecho. Así, la disciplina es el entendimiento sobre un aspecto específico del derecho que una doctrina jurídica da (como qué se entiende por derecho aplicable al caso, qué interpretación debe darse en un caso específico, etc.).

⁹⁰ *Ibid.* 26.

⁹¹ *Ibid.* 29.

⁹² Véase Foucault, *El orden del discurso*, 32 y ss. “La disciplina es un principio de control de la producción del discurso. Ella le fija sus límites por el juego de una identidad que tiene la forma de una reactualización permanente de las reglas” (*Ibid.* 38).

⁹³ *Ibid.* 36.

iii) *Procedimientos que seleccionan a los sujetos que pueden hablar*

El último de mecanismo son los procedimientos que seleccionan a los sujetos que pueden hablar⁹⁴. Dentro de estos, resulta fundamental el ritual y la doctrina. En cuanto al ritual, este es entendido como aquel que:

[D]efine la cualificación que deben poseer los individuos que hablan (y que, en el juego de un diálogo, de la interrogación, de la recitación, deben ocupar tal posición y formular tal tipo de enunciados); define los gestos, los comportamientos, las circunstancias, y todo el conjunto de signos que deben acompañar al discurso; fija finalmente la eficacia supuesta o impuesta de las palabras, su efecto sobre aquellos a los cuales se dirigen, los límites de su valor coactivo⁹⁵.

Desde esta perspectiva, la práctica jurídica claramente constituye un discurso ritualizado, pues cada operador del derecho tiene una cualificación determinada que condiciona los efectos de sus actos. Así, por ejemplo, el notario es el único que puede hacer una escritura pública, el receptor es quien puede notificar válidamente a una persona y el juez competente quien puede dirimir un conflicto, en términos generales. En este sentido, todos estos operadores son las personas válidas para utilizar el discurso del derecho, y por lo mismo, para que sus actos, y no los de cualquier otra persona, repitan o formulen nuevos enunciados respecto al ordenamiento.

Por otra parte, las doctrinas, muy similares a las disciplinas, son las que reconocen ciertas verdades y aceptan ciertas reglas básicas en torno a esas verdades. Sin embargo, se diferencia de las disciplinas porque estas últimas se basan en un tipo de doctrina y porque las doctrinas cuestionan tanto los enunciados de un discurso como a los sujetos que lo enuncian, con lo cual:

La doctrina vincula a los individuos a ciertos tipos de enunciación y como consecuencia les prohíbe cualquier otro; pero se sirve, en reciprocidad, de ciertos tipos de enunciación para vincular a los individuos entre ellos, y diferenciarlos por ello mismo de los otros restantes. La doctrina efectúa una doble sumisión: la de los sujetos que hablan a los discursos, y la de los discursos al grupo, cuando menos virtual, de los individuos que hablan⁹⁶.

En este sentido, la doctrina indica que individuos son los que están legitimados para ciertos tipos de enunciaciones y también permite diferenciar aquellos sujetos que no están legitimados para ellos, razón por la cual su discurso estaría carente de efectos. Esto en el discurso jurídico lo podemos observar a partir de la función que cumplen los teóricos de las distintas ramas del

⁹⁴ Véase Foucault, *El orden del discurso*, 38 y ss. Estos mecanismos son aquellos en los que “se trata de determinar las condiciones de su utilización, de imponer a los individuos que los dicen cierto número de reglas y no permitir de esta forma el acceso a ellos a todo el mundo. Enrarecimiento, esta vez, de los sujetos que hablan; nadie entrará en el orden del discurso si no satisface ciertas exigencias o si no está, de entrada, cualificado para hacerlo” (*Ibid.* 38-39).

⁹⁵ *Ibid.* 40-41.

⁹⁶ *Ibid.* 44.

derecho, los cuales, en base a su opinión dogmática, indicarán los alcances de ciertas reglas, determinando con ello, por ejemplo, los límites de actuación del árbitro, del funcionario del registro civil, del juez de garantía, etc. Así entonces, corresponden a doctrinas las distintas teorías del derecho y la opinión de dogmáticos influyentes en el ordenamiento jurídico.

En base a lo anterior, cabe plantear que el discurso del derecho depende de la voluntad de verdad que posea (la cual contienen en sí misma las prohibiciones y separaciones) y también de los distintos procedimientos de exclusión, o dispositivos, que ayudan a hacer más eficaz el discurso, al no solo señalar cual es la verdad del discurso, sino también como ha de interpretarse correctamente dicha verdad, quién está facultado para la interpretación y cuáles interpretaciones respecto a temas determinados serán las dominantes y las minoritarias, etc.

Para concluir esta sección, solamente agregar –a modo de resumen– que entender al derecho como una forma jurídica, implica comprender que el derecho es una invención que depende directamente de la forma de ejercer el poder. En este sentido, el derecho como forma jurídica, es un discurso que contiene voluntad, la cual no solo se traduce en una verdad, sino que también en un conjunto de formas muy concretas en virtud de las cuales se señala cómo debe entenderse dicha verdad. Por lo mismo, se generan cientos de dispositivos de control que aseguran la eficacia y la obediencia a esa verdad. Desde esta perspectiva, los procedimientos de exclusión constituyen técnicas de control específicas que hacen, finalmente, del derecho una compleja estructura de verdades y limitaciones, y de entendimiento y efectos.

2.2 La adjudicación judicial y las doctrinas del derecho

Una característica tradicional del derecho es que el razonamiento jurídico es práctico, porque concluye en una acción, y no en un mero conocimiento. En virtud de esta concepción, el juez siempre dictará un fallo basado en la racionalidad que se interpreta de la ley. En este sentido, autores como Detmold señalan que la adjudicación es una forma de determinación del derecho, pues siempre es aplicada a casos particulares no de forma automática⁹⁷.

No obstante a ello, dicha comprensión acerca de la decisión judicial no ha sido siempre la misma, pues existen autores que conciben a la adjudicación desde una perspectiva puramente formal. Tal es el caso de Montesquieu, el cual ve la decisión judicial como un ejercicio de

⁹⁷ Véase Michael J. Detmold, “Law as practical reason”, *The Cambridge Law Journal* 48, n°3 (1989): 436-471.

subsunción, en el que “[l]os jueces de la nación no son (...) más que la boca que pronuncia las palabras de la ley”⁹⁸.

En opinión del profesor Atiyah, este tipo de razonamiento corresponde a uno formalista, en el que toda razón de sustancia, por más sensata que sea, es inmediatamente rehusada por el juez, el cual ni siquiera se detiene a pensar si es posible o justificable crear una excepción a la regla⁹⁹. Este mismo autor, propone la adjudicación más bien como un razonamiento formal, el cual se distingue del formalista porque sí es capaz de atender a razones sustantivas cuando el caso lo amerita, pero teniendo presente que existen límites cuya existencia es reconocida, pues la ley no puede ser dejada de lado en todos los casos en que el juez estima que sus efectos son inadecuados.

En todo caso, y más allá de las distintas discrepancias en torno a qué se entiende por decisión judicial, parece haber consenso en la filosofía del derecho que esta implica una aplicación del derecho vigente. Esta aplicación es llevada a cabo por una persona en particular, el juez, y se realiza respecto a un caso concreto. Junto con ello, dicha aplicación se da por medio de un silogismo, compuesto por dos premisas, una premisa normativa y una práctica, y una conclusión¹⁰⁰. Desde esta perspectiva, entonces, la decisión judicial implica un procedimiento por el cual una persona con investidura, selecciona la normativa atinente a un caso, que permitirá –en definitiva– dar una solución a un conflicto jurídico, mediante un razonamiento lógico.

A partir de esta concepción, la adjudicación corresponde precisamente a un procedimiento de exclusión del discurso jurídico, en virtud del cual la verdad de éste queda limitada, por una parte, a determinados sujetos que están legitimados para enunciarla y para indicar los aspectos que debe tener su enunciación; y, por otra, está limitada por procedimientos de exclusión internos de los discursos. En cuanto a la primera limitación, esta se caracteriza por presentar una forma de discurso ritual, en donde se exigen solemnidades mínimas para que un acto tenga efecto. En este caso, el juez competente cumple este rol y los requisitos de un razonamiento lógico también. Junto con ello, la primera limitación se refiere además a los aspectos doctrinales, pues

⁹⁸ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, 112.

⁹⁹ Véase Atiyah, *Essays on Contract* (Oxford: Clarendon Press, 1986), 93-120.

¹⁰⁰ Véase Flavia Carbonell, “Elementos para un modelo de decisión judicial correcto”, *Revista de Estudios de la Justicia* 27 (2017): 1-35. La profesora Carbonell concibe dos formas de comprender la decisión judicial, por una parte, como una descomposición en la que hay conjunto de actividades que genera como producto a la decisión y, por otra parte, la decisión judicial es vista como un silogismo “como el resultado del procedimiento que lleva a cabo el juez para resolver un problema con relevancia jurídica que ha sido sometido a su conocimiento y que puede ser reconstruido a través de dos premisas y una conclusión” (*Ibid.* 22).

dependiendo de la teoría del derecho a la que se adscriba, el derecho aplicable será determinado de forma distinta. Ahora, en relación a los mecanismos internos de exclusión, operaría el comentario o la disciplina, dependiendo ello directamente de la doctrina a la cual se adscriba.

De lo anterior, es posible plantear que la decisión judicial puede comprenderse desde dos grandes doctrinas, a saber, desde el positivismo o desde el iusnaturalismo. En lo que sigue se analizará cómo estos aspectos doctrinales influyen, primero, en la determinación del derecho aplicable al caso; segundo, en lo que se entiende por ley oscura y ley clara y, por último, en lo que se comprende como un caso difícil. Una vez analizadas estas dos grandes teorías del derecho, se planteará que lo que se entiende por caso difícil en ambas doctrinas, constituiría dos tipologías clásicas de casos difíciles, las cuales a pesar de ver allí un problema en el mantenimiento de la verdad del discurso jurídico, no niegan su actualidad. En base a ello, esta tesis, criticará esta concepción de caso difícil planteando un punto de ruptura, en base al cual surgen momentos de discrecionalidad insalvable que hacen que la adjudicación, con miras a obtener justicia material, se aleje de lo legal. No obstante esto último será detallado en la sección siguiente

El positivismo jurídico es una de las teorías del derecho más influyentes a la hora de determinar qué es el derecho y por qué es legítimo. Algunos de sus representantes son John Austin, Jeremy Bentham, Hans Kelsen, H.L.A Hart, Joseph Raz, Scott Shapiro, entre otros. Para efectos de esta tesis, se ha preferido desarrollar brevemente el pensamiento de H.L.A Hart, en virtud del interesante debate que se genera entre este autor y Ronald Dworkin, particularmente en temas relacionados con la aplicación del derecho en la decisión judicial.

El positivismo jurídico defendido por Hart, tiene su máxima expresión en el libro *El concepto de derecho*, en donde este autor se enfrenta a la pregunta sobre qué es el derecho, abordándola desde una perspectiva general (que intenta explicar cualquier sistema jurídico vigente) y descriptiva (en tanto busca explicar la estructura del derecho y su funcionamiento). A partir de ello, Hart, en el tratamiento de este tema, toma ciertamente distancia respecto de otros positivistas tales como Austin, lo cual es clave, porque le permite a este autor dar cuenta que el ordenamiento jurídico es mucho más complejo que una serie de órdenes respaldadas por amenazas¹⁰¹. En este sentido, Hart planteará que la falla principal de Austin es no haber incluido la noción de regla, pues, por medio de la distinción entre reglas primarias (que imponen deberes positivos o

¹⁰¹ Véase Austin, *El Objeto de la Jurisprudencia*, 183.

negativos) y reglas secundarias (que otorgan potestades), es posible explicar por qué una persona tiene una obligación o explicar también por qué es válido un ordenamiento jurídico.

Sin embargo, más allá de la distancia que toma respecto de otros autores positivistas, Hart, al igual que Austin, tiene una idea respecto al ordenamiento jurídico que no admite la inserción de la moral como una justificación de la estructura y del funcionamiento del derecho; razón por la cual, al estar compuesto el ordenamiento jurídico por reglas¹⁰² y no por estándares valóricos como los principios, habrán situaciones en que el juez deberá discrecionalmente resolver un conflicto. Dichas situaciones serán específicamente lo que se denomina como “caso difícil”. Por caso difícil aquí se entiende particularmente a las expresiones indeterminadas, las cuales, ya sea por vaguedad o ambigüedad, generan problemas en cuanto al derecho a aplicar, pues si el derecho son solo reglas, y si nos encontramos frente a un caso en que no hay regla directamente aplicable, el juez no tiene normativa en base a la cual puede subsumir un caso¹⁰³. Por ello, Hart planteará que siempre habrá una última instancia “intersticial” en donde el juez tendrá un poder discrecional, pues, incluso admitiendo los principios, “en los casos difíciles pueden sobrevivir dos o más interpretaciones basada en principios encontrados, entre las cuales el juez irremediamente tendrá que escoger”¹⁰⁴, particularmente en razón del principio de inexusabilidad.

Lo anterior llevará a Hart a clasificar a los teóricos en dos tipologías: aquellos que, por una parte, ven al derecho como una pesadilla, tales como los realistas radicales, que conciben la adjudicación como una creación de derecho parcial y subjetiva; y aquellos teóricos que, por otra parte, ven al derecho como un noble sueño¹⁰⁵, tales como Dworkin, concibiendo al ordenamiento jurídico como lleno de principios coherentes que dan solución a todos los casos. Sin embargo, frente al noble sueño y a la pesadilla de la adjudicación, Hart ocupará un lugar intermedio, en virtud del cual “ante la falta de un criterio externo para probar las interpretaciones alternativas, no

¹⁰² Véase Hart, “Post Scriptum” (El Concepto de Derecho), *Estudios Públicos*, 65(1997): 225-263. En este texto Hart, tomando parte de las críticas dadas por Dworkin, acepta la inserción de los principios, pero de forma relativa, pues si bien Hart señala que “hay que agradecer a Dworkin que nos haya demostrado e ilustrado su importancia y la función que cumplen en el razonamiento jurídico [los principios] (...) al utilizar la palabra ‘regla’ nunca pretendí sostener que los sistemas legales solo comprende regla de ‘todo o nada’” (*Ibid.* 250); con lo cual la noción de regla no excluye a los principios.

¹⁰³ Véase Marisa Iglesias, “Las fuentes de la indeterminación del Derecho: una aproximación filosófica”, *Cuadernos de Derecho Público* 28 (2006): 57-72.

¹⁰⁴ César Rodríguez, Estudio Preliminar de *La decisión judicial/ H. L. A. Hart y Ronald Dworkin* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997), 39.

¹⁰⁵ Véase Hart, “American Jurisprudence Through English Eyes: Nightmare and the noble dream”. En: *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983): 127 y ss.

es factible eliminar ese espacio de discrecionalidad”¹⁰⁶; pues el ordenamiento jurídico al ser complejo y muchas veces contradictorio requiere para solucionar un conflicto, no solo de un juez Hércules¹⁰⁷, sino también de la discrecionalidad judicial.

Así entonces, para esta doctrina (1) el derecho aplicable a un caso está compuesto solo reglas, y no por principios, porque la moral no es parte del derecho. (2) La claridad u oscuridad de la ley está determinada por su completitud, de modo que si no hay vaguedad ni ambigüedad, la forma de aplicación del derecho es exegética (o a modo de comentario siguiendo la clasificación de los procedimientos de exclusión de los discursos); pero si hay indeterminación semántica, estaríamos en presencia de una ley oscura, en base a la cual se requerirá de una interpretación basada en la discreción del juez (o a modo de disciplina). Con ello, el caso difícil (3) está dado por la oscuridad de la ley aplicable al caso, es decir por la presencia de una normativa indeterminada. Cabe hacer notar que la ley impropia no se entiende como un caso difícil aquí.

Contrario a dicha concepción, Dworkin, en su texto *Los derechos en serio* al dar cuenta que, “Hart, como Austin, reconoce que las normas jurídicas tiene límites inciertos (...) y, también como Austin, da cuenta de los casos difíciles diciendo que los jueces tienen y ejercen la discreción para decidirlos mediante una legislación nueva”¹⁰⁸; planteará que es necesario entender la discrecionalidad que allí se menciona en un sentido más técnico, no como una mera determinación de cualquier individuo, sino como una decisión tomada en un contexto particular, el contexto jurídico. Por ello, este autor ofrecerá una doble distinción en lo referido a la discrecionalidad, pues propondrá que la discrecionalidad puede plantearse tanto en un sentido débil como en uno fuerte.

En efecto, al plantear Dworkin que el derecho no solo está compuesto por reglas, sino que también está formado por principios, concluirá que siempre habrá un principio rector que permite resolver un caso que no tiene regla exegéticamente aplicable, de forma tal que nunca se dará aquella discrecionalidad judicial planteada por Hart, por el contrario, lo único que se dará será una

¹⁰⁶ César Rodríguez, Estudio Preliminar de *La decisión judicial/ H. L. A. Hart y Ronald Dworkin*, 40.

¹⁰⁷ Véase Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 2012), 238-239. En el capítulo nueve Dworkin nos habla de su juez Hércules el cual “[t]rata de mostrar un pedazo de historia social (...) esto significa que su descripción debe justificar toda la historia y no sólo su conclusión. Su interpretación debe ser sensible no sólo a sus convicciones acerca de la justicia y de una política de conservación inteligente, sino también a sus convicciones sobre los ideales de la integridad y la equidad política y el debido proceso en cuanto a que éstos se aplican en forma específica a la legislación en una democracia”.

¹⁰⁸ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984), 71.

discrecionalidad en sentido débil. Este último tipo de discrecionalidad, que se contrapone a la de en sentido fuerte (defendida por Hart), se fundamenta precisamente en la idea de que, allí donde no existe una regla, siempre habrá un principio que el juez puede reconocer, el cual no es binario como las reglas, sino que es “no conclusivo” y, por lo mismo, no tan fácil de identificar su ámbito de aplicación (porque ofrecen simplemente un argumento en favor de una postura).

No obstante a ello, pese a no ser conclusivos los principios, es decir, aun cuando no establezcan un nexo directo entre el hecho y la medida a adoptar; los principios tienen una dimensión de peso, en virtud de la cual siempre se hace necesario atribuir, y según el caso, ponderar los valores que hay detrás de los principios al momento de tomar una deliberación. Por lo mismo, para el iusnaturalismo de Dworkin la indeterminación jurídica no es lo más problemático –como sí lo es para el positivismo–, pues recurriendo a los principios como complemento interpretativo de las reglas, el problema se solucionaría.

Por lo anterior, el caso difícil en Dworkin no es la indeterminación –aun cuando esta corresponde a una ley que no es clara–, sino que es la impropiedad, la cual, siguiendo la distinción de von Savigny, se refiere al caso en que, existiendo regla exegéticamente aplicable a un caso, la aplicación de esa regla resulta injusta¹⁰⁹. En su libro *Los derechos en serio*, Dworkin analizará el caso Riggs versus Palmers como un caso en que el modelo normativo positivista no sirve, porque en base a ese modelo tendría que necesariamente aplicarse la regla atingente al caso, la cual, sin embargo, generaría una situación injusta ya que permitiría a una persona beneficiarse de su propio dolo¹¹⁰. En este sentido, lo más razonable sería aplicar un principio, pero ello implicaría reconocer que los principios otorgan obligación jurídica, lo cual no es completamente aceptable para un positivista blando como Hart.

Para resolver este problema, entonces, Dworkin señalará, primero, la importancia de considerar los principios como parte del derecho, alejándose del modelo normativo positivista, y, segundo, le dará relevancia a la interpretación, pues por medio de ella se atribuirían principios que permitirían resolver un caso difícil, no creando derecho ni descubriendo estos principios, sino en

¹⁰⁹ Véase Friedrich Karl von Savigny, *El Sistema del Derecho Romano Actual* (Madrid: F. Góngora y Compañía Editores), 155. Para este autor es importante la distinción entre expresión indeterminada e impropia. Ambas expresiones son consideradas como defectos de la ley, que se entienden o bien como una expresión que no presenta ningún pensamiento completo (indeterminación), o bien, como una expresión que está en contradicción con el verdadero pensamiento de la ley (impropiedad).

¹¹⁰ *Ibid.* 94 y ss.

base a los valores que subyacen en determinado hecho. Con ello, Dworkin le da importancia a las concepciones morales que subyacen en las prácticas sociales, pero no como criterios extrajurídicos de aplicación excepcional, sino como criterios determinantes –en algunas circunstancias– para la técnica jurídica, en tanto se expresan como juicios evaluativos en la interpretación.

Así, la interpretación del derecho para Dworkin, se trata de atribuir los propósitos que están en juego, con el fin de hacer ostensible el sentido que subyace en un hecho. Por ello, este autor planteará que, en base a su modelo constructivo y no conversacional (siendo este último el que se basa en la intención), “el intérprete de una práctica social deberá, entonces, proponer un valor para dicha práctica, de manera que su interpretación describa un esquema de intereses, objetivos o principios de los que la práctica pueda ser expresión”^{111 112}.

De lo dicho, es posible colegir que para esta doctrina (1) el derecho aplicable a un caso está compuesto tanto por reglas como por principios o estándares valóricos, porque la moral sí es parte del derecho. (2) La claridad u oscuridad de la ley está determinada en si hay o no derecho aplicable al caso, razón por la cual la incompletitud de la ley no es tan problemática, porque si no hay regla, pero sí un principio, claramente atingente a una situación particular, se acaba con el problema de la indeterminación (aquí podríamos estar en presencia de un modo de exclusión interno del tipo del comentario). Sin embargo, el caso de oscuridad más importante es el de la impropiedad, porque en esta situación existe regla aplicable al caso, pero su aplicación resulta injusta en relación al objeto de la normativa. Por consiguiente, el caso difícil (3) está dado por la impropiedad legal, el cual se resuelve no con la discrecionalidad judicial, sino con la interpretación constructiva que Dworkin propone.

Desde las dos perspectivas descritas, se puede observar que tradicionalmente el caso difícil surge cuando hay problemas de indeterminación o impropiedad de la ley, los cuales, sin embargo, son circunstancias excepcionales en las que se suele plantear que la verdad del derecho continúa vigente. No obstante a ello, en lo que sigue de esta tesis, se pretende problematizar en torno a la vigencia del derecho en los casos difíciles, toda vez que pareciera ser que lo relevante no es tanto

¹¹¹ Isabel Lifante, “Interpretación jurídica”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho 2* (2015): 1381.

¹¹² No obstante a ello, habrán casos en que será plausible más de una interpretación, en razón a que pueden haber muchos valores asociados a una práctica. En ese caso la autora previene que “[e]n estos casos la elección de cada intérprete deberá reflejar su opinión sobre qué interpretación propone el mejor *valor* para la práctica, lo que supone determinar cuál de las posibles interpretaciones muestra a la concreta práctica social como la mejor posible, tomando todo en cuenta” (*Ibid.* 1382).

saber cuál es la norma que se aplica para solucionar un conflicto, sino que lo perentorio es saber cómo se puede impartir justicia. Desde esta perspectiva, entonces, se propondrá una reconceptualización de los casos difíciles fundada en que –siguiendo una lectura derrideana– la obtención de justicia es “una experiencia imposible”¹¹³ en el derecho, debido a que este último es un elemento de cálculo y la justicia es incalculable, razón por la cual, en definitiva, en un caso difícil el problema por la aplicación del derecho deja de ser relevante.

2.3 Sobre los casos difíciles y la justicia

La distinción sobre la discrecionalidad que ofrece Dworkin es interesante porque acaba con el conflicto de que los jueces crean derecho, debido ello fundamentalmente a la inclusión de principios dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, a pesar de que su propuesta es ingeniosa, el problema persiste. Esto se debe a que, independiente de si las razones para la deliberación del juez pertenecen o no al derecho, el adjudicador al elegir la norma aplicable está ejecutando un juicio que no está reglado. Este juicio surge en lo que esta tesis entenderá como un *espacio insalvable de discrecionalidad judicial*, toda vez que, al realizar una interpretación, de una forma u otra, el juzgador está eligiendo un modo de aplicar el derecho en base a la elección de un principio o un valor que considera más correcto. Empero, esa noción de lo correcto está permeada por lo que el juez considera como verdadero y justo, de modo que otro observador puede considerar menos correcta esa vía, razón por la que los ideales de imparcialidad desaparecen.

Desde esta perspectiva, lo que caracteriza a un caso difícil, más allá de si hay problemas de indeterminación o impropiedad de la ley, es la deliberación que el juzgador debe hacer en torno a cuál es el principio que permite elegir aplicar una norma u otra, o el valor que respalda a un principio u otro. Por consiguiente, un elemento distintivo de los casos difíciles es el *espacio insalvable de discrecionalidad judicial* que generan. Ahora, esta característica no es para nada baladí toda vez que sus implicancias directas son que el juez decide en base a criterios más allá del derecho, es decir, fuera de la ley y de sus procedimientos de exclusión para la mantención de su verdad. En este sentido, las consecuencias de un caso difícil son que esta situación, si bien pretende resolverse en base a la verdad del derecho, termina resolviéndose en ausencia de ley, lo cual resulta contradictorio, pero revelador¹¹⁴.

¹¹³ Jacques Derrida, *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad* (Madrid: Tecnos, 2002), 39.

¹¹⁴ Al decir en ausencia de ley no me refiero a que el juez en su sentencia no genere un silogismo con premisas normativas, sino que hago referencia a un paso anterior, es decir, que el juez para aplicar esas premisas normativas,

Lo anterior resulta revelador en razón a que nos permite distinguir entre el derecho y la justicia. Ello debido a que el derecho, tal y como lo hemos conceptualizado, no implica ni contiene justicia en un sentido material, sino, a lo más, permite justicia procedimental, en tanto la forma jurídica se ampara en un fundamento de justicia material y lo hace posible por medio de los procedimientos que ofrece, pero la justicia material en sí misma es una imposibilidad inmediata. Y esto es reconocido no solo por autores posestructuralistas como Jaques Derrida en su texto *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*¹¹⁵, sino también por filósofos del derecho como el profesor Fernando Atria, al mencionar que:

Un concepto funcional de la ley (= norma general y abstracta que va en el interés de todos) se manifiesta en una estructura (= el procedimiento legislativo) de modo que la ley no es identificada por referencia a su función sino a su estructura (...) La función del derecho, en los casos más relevantes, se cumple por una estructura que es identificada por referencia a una función, estructura que en su operación es ciega a esa función¹¹⁶.

En este sentido, la justicia material en el derecho solo puede existir de forma mediata, en tanto requiere ser mediada por la forma jurídica. Sin embargo, lo interesante de los casos difíciles es que hacen imperativo no la mediación de las formas que ofrece el derecho, sino la inmediatez de la justicia material, pues las circunstancias propias del caso hacen imperioso el término del abuso que allí se genera.

Frente a esta situación, se puede renunciar a aceptar aplicar inmediatamente criterios de justicia, fundamentando ello en el derecho, como bien plantea Hart, o bien se pueden disfrazar criterios de justicias materiales, en formas jurídicas, para mantener los ideales de imparcialidad y legalidad del ordenamiento jurídico, como lo hace Dworkin. Esta tesis opta por una tercera vía, basada en plantear que a veces en los casos difíciles los jueces aplican inmediatamente la justicia material, reconociendo que el derecho no podría solucionar el problema, razón por la cual el juez, entendido tradicionalmente como aplicador del derecho, se convierte en un no-juez para fallar un caso en concreto. Y más aún, se propone que la aplicación inmediata de la justicia, y no del derecho, es necesaria e imperativa para el mantenimiento del sistema, debido a que ello permite

debió elegir entre todas las disposiciones legales, una normativa en específico, y que esa decisión de la disposición a utilizar obedece a cuestiones fuera de la ley.

¹¹⁵ Derrida, *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*, 39 y ss. “[C]ada vez que aplicamos tranquilamente una buena regla a un caso particular, a un ejemplo correctamente subsumido, según un juicio determinante, el derecho obtiene quizás –y en ocasiones– su ganancia, pero podemos estar seguros de que la justicia no obtiene la suya. El derecho no es la justicia. El derecho es el elemento del cálculo y es justo que haya derecho; la justicia es incalculable, exige que se calcule con lo incalculable (...)”.

¹¹⁶ Fernando Atria, *La forma del derecho* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales., 2016), 147-148.

mantener la confianza en la verdad del discurso del derecho y el deseo del mantenimiento del sistema como neutro, objetivo e imparcial.

Por todo lo anterior, lo sustancial para esta tesis a la hora de hablar de casos difíciles es que estos generan un *espacio insalvable de discrecionalidad judicial*. Ello implica que un conflicto que pretende resolverse en base al derecho, como lo son estos casos, solo pueden solucionarse con criterios más allá de la ley, lo cual, no obstante a la contradicción que presenta, es necesario para el mantenimiento del derecho, pues el derecho se sustenta y legitima en la creencia de que imparte justicia, o como diría Kafka, en la enunciación de que “la puerta de acceso a la Ley permanece abierta, como siempre”¹¹⁷, aun cuando nadie pueda entrar.

Para finalizar, cabe recalcar que se entenderá por caso difícil todas aquellas situaciones en las que el juez debe elegir una normativa aplicable, en circunstancias en donde el derecho por sí solo no da suficientes razones que fundamenten la elección de las reglas o principios a aplicar. Por consiguiente, se considera útil la conceptualización que realiza la filosofía del derecho, principalmente la desarrollada por Hart y Dworkin, en tanto la indeterminación de la ley y la impropiedad son circunstancias en las que se observa que el discurso jurídico por sí mismo no es capaz de fundamentar su aplicación más correcta, generándose allí *espacios insalvables de discrecionalidad judicial*.

2.4 La parrhesía (judicial) en la decisión judicial

Como fue visto, una concepción clásica de la decisión judicial plantea a la adjudicación como aplicación del derecho en un caso concreto (subsunción), dada por un juez competente y mediante un razonamiento lógico. Desde esta perspectiva, las formas jurídicas son un aspecto obligatorio, pues el juez, dado el principio de legalidad, está sujeto a la ley y la Constitución.

No obstante a ello, existen circunstancias –los casos difíciles– que hacen imperativo que la decisión judicial no sea aplicación del derecho en primera instancia, sino búsqueda de justicia, debido a que el ordenamiento jurídico resulta insuficiente para resolver de una sola forma el caso. Desde esta perspectiva, entonces, la decisión judicial no puede plantearse como subsunción, debido a que en los casos difíciles existen *espacios insalvables de discrecionalidad judicial*. De ello se sigue, finalmente, que en dichas instancias el juez decide en base a la elección de criterios extrajurídicos, de modo que no hay aplicación de derecho, sino juzgamiento en primera instancia,

¹¹⁷ *Ibid.* 219.

es decir, valorizaciones. Y es en estas circunstancias donde el concepto de parrhesía judicial adquiere relevancia, pues el entrecruzamiento del decir veraz con el decir justo permite al juez juzgar cuando estamos ante estos *espacios insalvables de discrecionalidad judicial*.

A partir de esta concepción, lo que se pretende proponer en esta sección es que, dada la existencia de espacios de discrecionalidad en la decisión judicial de casos difíciles, se pueden encontrar enunciados parrhesiásticos en las sentencias, en base a los cuales la actuación del juez no solo consiste en dictar actos realizativos, sino, por sobre todo, consiste en actuar con coraje por la verdad, haciendo de su enunciación un reproche frente a lo que él considera como injusto.

Para el desarrollo de esta sección, lo primero que se planteará será que cuando la decisión judicial contiene enunciados parrhesiásticos la adjudicación se separa de la concepción clásica que la entiende como pura subsunción, para entenderse como juzgamiento, trayendo esto múltiples consecuencias. Una de estas consecuencias es que la parrhesía judicial no puede ser sino una negación del derecho, en razón de la condición de veridicción que posee el decir veraz y que conlleva ello, en los casos difíciles, a la valorización y al empleo de coraje, lo cual será el segundo tema a tratar. Finalmente, se buscará detallar cuáles son las condiciones que permiten sostener que una sentencia contiene enunciados parrhesiásticos judiciales.

En cuanto a lo primero, se sostiene que la parrhesía judicial contenida en sentencias genera que la adjudicación sea comprendida no como subsunción, sino como juzgamiento, debido a que, cuando se actúa con parrhesía, la verdad que importa no es la del discurso dominante, que en este caso sería la del discurso del derecho, sino que la verdad determinante es la que constituye al juez. Y, en los casos difíciles, como vimos, la verdad del derecho no logra constituir al juez, razón por la cual la pura legalidad es insuficiente para motivar la deliberación. En este sentido, la parrhesía cobra relevancia pues, en estos casos, el sentenciador ya no aplica el derecho, es decir, ya no hace un ejercicio de subsunción de razones normativas como fundamento sustancial de su decisión, sino que juzga, ya que mira directa e inmediatamente a la justicia.

Derrida en su texto *Prejuzgados Ante la Ley*¹¹⁸, se plantea la pregunta sobre qué entendemos por juzgar y cómo juzgamos, planteando que, debido a la estructura de la ley, no tenemos criterios para juzgar, pues el imperio de esta solo “nos prescribe presentarnos ante la ley y responder a

¹¹⁸ Jaques Derrida, *Los Prejuzgados Ante la Ley* (España: Avarigani Editores, 2011)

priori de nosotros ante ella, que no está allí”¹¹⁹, concluyendo Derrida que en estas circunstancias nosotros siempre estamos prejuizados. Desde esta perspectiva, este prejuizamiento para el autor surge porque precisamente la ley existe y ella nos obliga a aplicarla, y particularmente obliga al juez a subsumir cada hecho en ella, a actuar ajustado. Por lo anterior, estamos entonces prejuizados porque en base a una concepción moderna de justicia, juzgar es ajustarse a un procedimiento. Sin embargo, para esta tesis el ajustamiento al derecho es lo justo, pero no la justicia, pues lo justo, como señala Rampérez, es “la otra cara de la modernidad [que] nos ha escupido en la cara, tornando justificación los argumentos y borrando la responsabilidad de quien decide y al deci(di)r inventa”¹²⁰. Por consiguiente, juzgar se trata de hacer justicia y se hace “con buen juicio y sin justeza, sin resultado ajustado, sin ajuste”¹²¹.

Es así entonces que, cuando la decisión judicial contiene parrhesía, se busca justicia, razón por la cual lo primero no es la subsunción sino el juzgamiento, de modo que no hay ajuste a las formas, sino juicios injustificados (o no mediados por las estructuras). Esto conlleva a que el juzgamiento solo pueda surgir allí donde hay un espacio insalvable de discrecionalidad judicial en el que es perentorio el no ajustamiento al derecho, razón por la cual solo los casos difíciles pueden tener juzgamientos, al buscar ellos siempre justicia.

En todo caso, es preciso señalar dos cuestiones. En primer lugar, si bien lo que se entiende como caso difícil tiene la estructura tradicional que la filosofía del derecho ha desarrollado (incompletitud de la ley o impropiedad), cabe mencionar que dichas estructuras no se dan porque hay tipos de casos esencialmente así. Lo anterior quiere decir, entonces, que si hay un caso difícil es porque un juzgador determinó que ese caso era complejo, debido a que la verdad del discurso jurídico resultó insuficiente para deliberar sobre ese conflicto, motivo por el cual el juzgador decidirá en torno a una verdad alterna, en la que cuestiones como la retórica influyen. Desde esta perspectiva, el juzgamiento del juez hace que un caso sea difícil, y en base a ese etiquetamiento, el caso se puede clasificar en las tipologías que la teoría del derecho ofrece. Por consiguiente, se utiliza la estructura de casos difíciles, tomada de la teoría de derecho, para visibilizar de mejor forma estas situaciones, pero en ningún caso se plantea como una esencialidad.

¹¹⁹ *Ibíd.* 18.

¹²⁰ Fernando Rampérez, Epílogo a *Los Prejuizados Ante la Ley*, de Jacques Derrida, 77- 107 (España: Avarigani Editores, 2011), 79.

¹²¹ *Ibíd.* 78

En segundo lugar, y derivado de lo anterior, cualquier caso podría ser potencialmente difícil dependiendo de la forma en que sea dispuesto en un juicio. De ello se sigue que, el juzgar, la búsqueda de justicia sin mediación y la parrhesía, puede aparecer en cualquier circunstancia, siempre y cuando esa situación sea planteada como una indeterminada o impropia.

A partir de lo anterior, y como segundo tema a desarrollar, frente a la idea de juzgamiento, la parrhesía judicial no puede plantearse sino como una negación al derecho. Ello debido a que, cuando el juez determina que un caso es difícil, determina a la vez que la decisión de ese caso necesita de justicia material, en tanto se hace imperiosa no la sustancia mediada por las formas, sino que el juzgamiento. Desde este punto de vista, cuando se actúa con parrhesía en la práctica jurídica, se deja atrás al derecho como un discurso de verdad y se apelan a otros discursos que ayudan al juez a constituir y constituirse en una verdad que está fuera del derecho. En base a ello, en las enunciaciones parrhesiásticas, los procedimientos de exclusión de discursos no se utilizan inmediatamente, de modo que la verdad sobre la cual opera la parrhesía judicial estaría constituida por el caso en concreto. Desde este punto de vista, adquiere relevancia para la constitución de la verdad del juez la retórica que se desarrolle en el juicio¹²².

Este último punto resulta del todo relevante, pues, desde una visión sofista de la retórica, que no está basada en argumentación ni entimemas, esta arte puede proponerse como constitutiva de la verdad de juez –de su parrhesía–, más allá de lo que prescribe el derecho, en tanto la retórica no buscaría convencer sobre la verdad de la ley, sino que buscará persuadir sobre la verdad que cada parte constituya a su favor, mediante la narración de los hechos. Por ello, la retórica que se plantea no se fundamenta en la comprensión platónica, en base a la cual esta arte solo es buena y bella cuando persigue las verdades ideales y absolutas¹²³, ni tampoco en la perspectiva aristotélica, en donde se considera a la retórica como símil a la dialéctica en tanto contiene silogismos lógicos, denominados entimemas¹²⁴. Por el contrario, se comprende al buen hablar desde una visión más bien sofista, como decíamos, en base a la cual no hay verdades absolutas y en la que se entiende que los discursos son poderosas armas a través de las cuales la sola forma del discurso, es decir, la manera en que se narra este, influye en la constitución de la verdad del juez, predisponiéndolo a

¹²² Cabe señalar que también cuestiones personales y estratégicas del juzgador resultan relevantes. Al respecto, la literatura acerca de comportamiento judicial esclarecen muy bien estos puntos, sobre todo a través de las teorías actitudinales y las teorías estratégicas.

¹²³ Véase Platón, *Diálogos II. Gorgias Menexeno* (Madrid: Editorial Gredos, 2004).

¹²⁴ Véase Aristóteles, *Retórica* (Madrid: Editorial Gredos, 1990).

comprender el caso de una forma favorable, más allá de si las razones jurídicas dicen expresamente lo contrario.

En este sentido, la retórica influye mediante la importancia de la narración como elemento persuasivo, pues la narración mueve al juez a constituirse y constituir una verdad alterna, en tanto predispone el juzgamiento del sentenciador. Por consiguiente, el aspecto narrativo o retórico de los discursos cumple una función poética, la cual, si bien fue separada de la retórica por Aristóteles, igualmente creemos que está inmersa en ella. Esta función poética lo que determina es que la trama de lo narrado y la ordenación de los hechos (*κóσμος*) inclina al juez a juzgar de una determinada forma (*παθος*), pero dicha narración de las partes no supone el cierre del caso, sino que influye a que el juez lo haga de una determinada manera. En este sentido cobra relevancia lo señalado por Aristóteles: “mediante compasión y temor se lleva a cabo la purgación [catarsis] de tales afecciones”¹²⁵, debido a que las emociones que produzca en el juez la trama de un caso incitan a que tenga, esa situación, un desenlace esperado, una purgación deseada, o mejor dicho, una imprecación deseada bajo los conceptos que envuelve la parrhesía, frente a las afecciones que padecen las personas envueltas en el conflicto puesto a conocimiento del juez.

La parrhesía en la práctica judicial, entonces, niega el derecho porque juzga desde una veridicción alterna, que constituye al juez en base a la narración que se genera del caso. En este sentido, como la verdad del discurso jurídico es insuficiente en los casos difíciles, y debido al espacio insalvable de discrecionalidad que se produce, la parrhesía se expresa como la verdad alterna al derecho. Y esta verdad alterna mira a la justicia directamente porque no es mediada por el derecho sino por otras cuestiones como el *κóσμος* y el *παθος* que genera el caso en concreto, lo cual lleva al juez a actuar con coraje denunciando injusticias y atribuyendo responsabilidades.

Dicho esto, y como último punto a desarrollar en este acápite, es necesario dar cuenta de los indicios que nos permiten identificar cuando hay parrhesía judicial en una adjudicación.

En primer lugar, hay parrhesía judicial en la adjudicación cuando estamos en presencia de un caso difícil, ello debido a que en estas situaciones se genera un espacio insalvable de discrecionalidad que hace imperioso el juzgamiento y no la subsunción para impartir justicia al caso concreto. No obstante a ello, es necesario indicar que la mera existencia de un caso difícil no implica que de hecho se genere parrhesía, pues, para que se desarrolle un enunciado

¹²⁵ Aristóteles, *Poética* (Madrid: Editorial Gredos, 1992), 145.

parrhesiástico, es necesario que exista un juzgamiento basado en la veridicción que constituya al juez, y que consiguientemente haga actuar a éste con coraje, en pos de denunciar injusticia y atribuir responsabilidad.

De lo anterior se sigue que, no solo basta que exista un caso difícil, sino que también se requiere que la deliberación busque dar justicia no ajustada a la ley. En esto último, sin embargo, hay que precisar que el motivo de la deliberación es de justicia, pero ese ímpetu de justicia se ve, paradójicamente, en la elección de una norma ajustada a la ley. Ello se debe a que el juez actúa en un campo institucionalizado, en que debe cumplir con condiciones mínimas, siendo una de ellas el principio de legalidad. Ahora, la apelación a la ley no implica que la deliberación se determine en base a ella, sino que hay un momento anterior, de modo que la apelación al derecho es un medio, que se señala para cumplir con ciertos requisitos para que así la sentencia tenga fuerza obligatoria.

Ahora, para que se desarrolle, en los casos difíciles, la deliberación en base a la justicia es necesario que se cumpla con los requisitos de la parrhesía general (política) y, conjuntamente, con los requisitos de la parrhesía judicial, en particular. Así, se requiere que se cumpla con la condición de veridicción –ya vista–, basada la verdad de esa condición en la concepción de que existe una injusticia o un abuso de poder. Por otra parte, es menester que se cumpla con la condición de moralidad, cimentada ésta en que, dada la convicción en que el caso presenta hechos injustos, el juez busca remediar esa injusticia a través de impartir justicia correctiva o distributiva, en las que se atribuya responsabilidad al que actuó injustamente¹²⁶.

En resumen, para encontrar una enunciado parrhesiástico judicial en la adjudicación es necesario (1) que se trate de la adjudicación de un juez en una sentencia definitiva, cuya ley aplicable sea defectuosa por ser indeterminada o impropia. En este sentido, es necesario que exista un caso difícil que le dé un espacio de discrecionalidad al juez. (2) Que se cumpla con la condición de veracidad y moralidad de la parrhesía (las otras dos condiciones siempre están), es decir, que el juez en la sentencia manifieste lo que realmente piensa, viendo en el caso concreto una injusticia, y que se asuman riesgos indeterminados con esa enunciación, en tanto se busque conseguir justicia material, ya sea de tipo correctivo o distributivo.

¹²⁶ No se menciona la condición formal, ni la condición de hecho, debido a que ellas se dan implícitamente en cualquier sentencia, debido a que el juez tiene la obligación de resolver un conflicto jurídico.

CAPÍTULO 3. LA IMPORTANCIA DE LA PARRHESÍA DENTRO DEL DISCURSO JUDICIAL

La noción de parrhesía puede entregar ciertas claves para la comprensión de diferentes discursos, así se habla de parrhesía y democracia, parrhesía y filosofía, parrhesía y literatura y también puede hablarse sobre parrhesía y derecho. Michel Foucault en su libro *Obrar mal, decir la verdad: Función de la confesión en la justicia. Curso de Lovaina*¹²⁷ otorga algunas luces en torno a la relación entre la veridicción y la jurisdicción, señalando que son modos fundamentales de hablar, cuya relación contiene problemas muy complejos. En este sentido se pregunta “cómo la palabra de verdad puede ser el fundamento de la palabra de justicia; en qué sentido, en qué medida la palabra de justicia, la jurisdicción, necesita la veridicción”¹²⁸.

Frente a dichas interrogantes, Foucault se encargará de realizar un análisis histórico, enfocado en la penalidad y en la institución de la confesión, dejando de lado otros aspectos de la práctica judicial. Sin embargo, este autor deja abierta la posibilidad de analizar otras relaciones entre el decir veraz y el decir justo en el derecho al señalar que:

[E]sa institución que tiene la apariencia de trabajar en el plano de lo prescriptivo y lo decisional, consume y fabrica, utiliza y produce, suscita y enuncia una cantidad considerable de “decir veraz”, de veridicciones diferentes. Ya se trate de los procedimientos de instrucción o los considerandos de un fallo, del recurso a los testimonios o las pericias, de los alegatos o las declaraciones de culpabilidad, de la interpretación de la ley o la consideración del estado de las costumbres o de datos económicos, la práctica judicial otorga un lugar destacado al decir veraz, y bajo formas notablemente diversas¹²⁹.

Desde esta perspectiva, parte de la importancia de esta tesis recae en ofrecer otra forma de análisis de la relación entre el decir veraz y el decir justo, enfocado ya no en una forma de prueba dentro del proceso penal, sino centrado en la decisión judicial y su consiguiente enunciación en una sentencia definitiva. En este sentido, esta investigación se ocupa del lugar que adquiere el decir veraz dentro de la adjudicación judicial de sentencias definitivas, particularmente en aquellas circunstancias que se han denominado como los casos difíciles.

Ahora, la relevancia de estudiar la parrhesía en la actuación judicial no solo está dada por el interés de continuar analizando las relaciones entre veridicción y jurisdicción, sino que también esta tesis considera importante observar el decir veraz porque permite una nueva lectura acerca de

¹²⁷ Michel Foucault, *Obrar mal, decir la verdad: Función de la confesión en la justicia. Curso de Lovaina* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2014).

¹²⁸ *Ibíd.* 38.

¹²⁹ *Ibíd.* 31.

la decisión judicial. En este sentido, lo que se ofrece es una nueva comprensión de la adjudicación, en donde la aplicación del derecho deja de observarse como una cuestión puramente mecánica, para dar cuenta de los aspectos subjetivos que se desarrollan en los fallos, ligados a lo que se entiende como justo, correcto o merecedor de reproche.

Así, lo que se busca es proponer la existencia de enunciados parrhesiásticos al interior de las sentencias judiciales, con el fin de mostrar la presencia de ellos en múltiples fallos y la inminente posibilidad de que se sigan generando en el futuro. Desde esta perspectiva, se sigue un propósito genealógico, en base al cual se intenta rastrear el despliegue histórico del “saber–poder” que sustenta la parrhesía dentro de la actuación judicial; entendido por despliegue al decir veraz dado por los jueces al momento de realizar su decisión. Por lo mismo, a raíz de esta perspectiva genealógica no se desea hacer juicios de valor o de conveniencia acerca de los enunciados parrhesiásticos, sino que solo plantear su existencia en el pasado y la probabilidad de que sigan existiendo en el futuro, en tanto ello permite tener conocimiento de esta clase de discursos y, eventualmente, posibilitaría idear formas de control para evitar, fomentar o simplemente contabilizar el surgimiento de estos enunciados.

Por otra parte, esta relectura tiene la singularidad de alejarse de los paradigmas modernos del derecho, en razón a que la parrhesía no es sino una fisura en la estructura jurídica actual. Ello se debe a que la presencia de la parrhesía en la adjudicación no obedece a los criterios técnicos que ofrecen las distintas doctrinas del derecho, como la positivista o la iusnaturalista, pues el propósito del juez parrhesiastés no es entender el derecho, y su consiguiente verdad, desde una doctrina u otra, sino simplemente juzgar en base a lo que él considera como justo, de modo que acomoda la verdad de las formas jurídicas a su verdad. En este sentido, lo que pretende el parrhesiastés es acabar con una situación de injusticia mediante la denuncia y el reproche. Por consiguiente, el parrhesiastés se aleja del paradigma moderno de justicia procedimental.

Cabe señalar que por justicia procedimental se entiende a la existencia de una relación intransitiva del razonamiento jurídico respecto de los fundamentos sustantivos de una normativa aplicable¹³⁰. En base a este paradigma, por tanto, “el procedimiento para determinar el resultado

¹³⁰ Véase Atria, *La forma del derecho*, 145 y ss. El profesor Atria en esta sección problematiza el aspecto funcional y estructural del concepto de la ley. Para este autor, “Un concepto funcional de la ley (= norma general y abstracta que va en el interés de todos) se manifiesta en una estructura (= el procedimiento legislativo) de modo que la ley no es identificada por referencia a su función sino a su estructura” (*Ibid.*, 147). En este sentido, Atria planteará que la razón funcional de la ley está plasmada en su estructura, sin embargo, al momento de referirse a qué estructura es aplicable

justo tiene que ser efectivamente observado, ya que (...) no existe un criterio independiente por referencia al cual se pueda saber que un determinado resultado es justo”¹³¹. En este sentido, el acceso a ciertas formas jurídicas, y no el resultado o lo que se decida en ellas, hace que exista justicia, porque la justicia depende de la existencia de un procedimiento.

Desde esta concepción, la parrhesía en la decisión judicial viene a romper con este paradigma, pues el juez, dada la complejidad del caso que debe conocer, abre un espacio en el cual es posible discutir sobre las razones sustantivas de una ley, o dicho de otra forma, sobre la función de la ley. Con ello, genera una relación transitiva entre la forma jurídica y su legitimación material. Así, el juez parrhesiastés no se queda con una idea de justicia amparada en la sola existencia de estructuras normativas, sino que este operador, para conseguir hacer justicia, entra a los aspectos materiales, haciéndose vidente de las razones sustantivas de una normativa.

En todo caso, existen límites para ello, pues son situaciones excepcionales en donde surge la posibilidad de apelar a las cuestiones sustantivas de una ley, siendo estas circunstancias los casos difíciles. Ahora, la importancia de que estos enunciados irruman en la práctica jurídica, cumple el mismo rol que realiza Creúsa en su conversación con Ión, ello porque la parrhesía se observa como un grito desesperado por esa justicia tan intuitiva que surge frente a una situación, como una forma de reproche a una circunstancia tan injusta, en definitiva, como una manera de actuar que evita revictimizar en base a la aplicación exegetica y técnica de las estructuras jurídicas.

Así, es importante estudiar la parrhesía dentro de la práctica judicial porque ayuda a comprender parte de la compleja relación entre decir veraz y decir justo. En este caso, se ofrece una relectura de la decisión judicial, en virtud de la cual se podrían explicar sentencias cuya aplicación del derecho no pareciera ser la mejor de acuerdo a las doctrinas dominantes, ni la aplicación más imparcial frente al conflicto que se tiene conocimiento, precisamente, porque la propuesta de enunciados parrhesiásticos en la adjudicación analiza otros factores que determinan la deliberación del juez, que se salen de la normatividad pura, para dar relevancia a los sujetos que actúan dentro del discurso judicial y para contraponer la justicia al derecho, entendido este como subsunción.

no hay que volver a discutir en torno a la función, pues hay una relación intransitiva, fundamentada principalmente en una cuestión de seguridad jurídica y economía procesal. Por lo anterior, el profesor plantea que “La función del derecho, en los casos más relevantes, se cumple por una estructura que es identificada por referencia a una función, estructura que en su operación es ciega a esa función” (*Ibid*, 148).

¹³¹ John Rawls, *Teoría de la Justicia* (México D.F.: Fonda de Cultura Económica, 1995), 91.

PARTE II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA PARRHESÍA JUDICIAL

En la primera parte de esta investigación se ofrece un marco teórico-metodológico que aborda, primero, la noción de parrhesía en general y, luego, la parrhesía de tipo judicial dentro del derecho, particularmente en la adjudicación del juez. Como fue visto, la existencia de enunciados parrhesiásticos no es una posibilidad que surja en todos los casos jurídicamente relevantes, sino solo en aquellos que se presentan como un “caso difícil”. La posibilidad de parrhesía en este tipo de situaciones se da fundamentalmente porque el juez requiere juzgar para deliberar. Frente a ello, el juez tiene la posibilidad, en base al espacio de discrecionalidad que se genera, de hablar con parrhesía de tipo judicial, en tanto su deliberación puede ser una denuncia y un reproche ante una situación injusta vivida por una de las partes. De este modo, esta sección plantea una serie de condiciones para detectar a un enunciado parrhesiástico dentro de la deliberación judicial.

El objetivo de esta segunda parte es aplicar el marco teórico-metodológico a casos concretos, utilizando la primera sección como una forma de análisis de sentencias para detectar y fundamentar la presencia o ausencia de enunciados parrhesiásticos. Para ello, se analizarán una serie de fallos en los que podría haber decir veraz en la adjudicación.

Por consiguiente, esta parte se constituirá de dos capítulos. El primero buscará especificar más los fallos en donde es posible encontrar enunciados parrhesiásticos. Para ello, este capítulo constará de dos secciones. En la primera sección se analizarán aspectos procesales de los fallos. En la segunda sección, se buscará hacer una revisión del rol de la Corte Suprema. Con esta revisión se intentará entranar en los aspectos históricos para evidenciar la influencia de la política, de la academia y de la institucionalidad en el razonamiento jurídico de la Corte Suprema, de modo que pueda ofrecerse una aproximación acerca del origen de la parrhesía y una explicación acerca de cómo aún persiste el decir veraz, aun cuando las circunstancias han cambiado.

En el segundo capítulo, por su parte, se analizarán 9 fallos de la tercera sala de la Corte Suprema, los cuales serán comentados, con el objeto de encontrar enunciados parrhesiásticos que permitan analizar y dar cuenta de signos característicos del decir veraz en las decisiones judiciales. Cabe advertir que este análisis no refleja el comportamiento total de la Corte, ni tampoco las principales directrices de la tercera sala en estas últimas dos décadas, sino solo ayuda a evidenciar que la parrhesía puede darse aun cuando las condiciones políticas han cambiado y el comportamiento judicial se haya vuelto mayormente razonable a la luz de los Derechos Humanos.

CAPÍTULO 1. CRITERIOS PARA LA SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

La posibilidad del surgimiento de enunciados parrhesiásticos de tipo judicial, además de requerir estar en un contexto de “caso difícil” y de cumplir con las condiciones de constitución de la parrhesía en general y de la parrhesía judicial en particular, necesita también corresponder a un determinado tipo de actuaciones judiciales: las sentencias definitivas. En este sentido, con el objeto de especificar las actuaciones judiciales que se analizarán, a continuación se señalarán (1.1) los criterios de selección en cuanto a la naturaleza procesal de la jurisprudencia, al tribunal que la origina y a la materia o rama del derecho que trata, y (1.2) La importancia del periodo de las sentencias seleccionadas, en base al contexto político, académico e institucional que le precedió.

1.1 Aspectos procesales de la jurisprudencia a analizar

Las resoluciones son las actuaciones judiciales más importantes dentro un proceso y corresponden a un tipo de actos que emanan de los tribunales con el objeto de “substanciar o fallar la controversia materia del juicio”¹³². Existen múltiples formas de clasificación de las resoluciones judiciales, sin embargo, una de las más importantes es aquella referida al contenido. El tipo de resoluciones que se analizarán serán únicamente sentencias definitivas, debido a que estas ponen fin a una instancia resolviendo el conflicto puesto a conocimiento del tribunal, de modo tal que exigen mayor fundamentación que cualquier otra actuación dentro del proceso, siendo esto relevante porque la posibilidad de parrhesía surge en aquellas instancias en donde es posible una fundamentación más acabada.

Por otra parte, las resoluciones judiciales se pueden clasificar de acuerdo a la naturaleza del negocio en que son pronunciadas, pudiendo tratarse de actuaciones dentro de un juicio o dentro de una jurisdicción voluntaria. Esta tesis optará por tratar resoluciones judiciales contenciosas, debido a que la contienda presente en esta clase de juicios puede hacer más evidente el propósito de justicia o denuncia de un tribunal, si es que lo tiene. En todo caso ello no quita que no exista parrhesía en las gestiones voluntarias, pues uno podría fundamentarla, por ejemplo, dentro de los procedimientos de cambio de nombre y sexo registral sin necesidad de intervención quirúrgica¹³³.

¹³² Mario Casarino, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 87.

¹³³ Véase Corte Suprema, Rol N° 70584-2016, “Cambio de nombre y sexo registral”, 29 de mayo de 2018. Esta sentencia es la primera en que la Corte Suprema acepta el cambio de nombre y de sexo registral de una persona transgénero, sin necesidad de una intervención quirúrgica. Dicha sentencia, si bien está respaldada por numerosa jurisprudencia proveniente de los fallos de distintas Cortes de Apelaciones, es una novedad para la Corte Suprema. El

Junto con ello, la nacionalidad y la naturaleza de los tribunales, que dictan las resoluciones que se analizarán, serán tribunales chilenos de naturaleza ordinaria, no especial ni arbitral.

En cuanto a las sentencias que se revisarán, estas corresponderán a resoluciones de única instancia de competencia de la Corte Suprema, particularmente recursos de casación. Asimismo, se analizarán fallos de segunda instancia de competencia de este máximo Tribunal correspondientes a las apelaciones deducidas contra las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones en los recursos de protección.

Finalmente, el tipo de resoluciones de acuerdo a la naturaleza de los asuntos sometidos a jurisdicción, serán de procesos administrativos, referidos al control judicial de la administración. Por ello, se revisarán fallos provenientes de la tercera sala de la Corte Suprema¹³⁴, siempre que esta sala conozca en única o segunda instancia de los asuntos referidos en el párrafo anterior. Se elige analizar los fallos provenientes de juicios contenciosos administrativos, toda vez que este tipo de procesos, primero, están en el límite de lo que puede considerarse una interpretación legal y, segundo, porque el control judicial que realiza la Corte Suprema, en general, se basa en decisiones con amplios espacios de discrecionalidad fundamentados en la tutela de derechos, como a continuación se explicará.

En cuanto a la interpretación legal, esta, para autores como Wróblewski, está estrechamente ligada con el discurso jurídico, particularmente con el discurso jurídico-práctico, en donde “se

tratamiento jurídico sobre este proceso es uno que podríamos consignarlo como un caso difícil, en razón de que presenta el defecto de la indeterminación jurídica. Esta es observable toda vez que la ley nada dice en cuanto al cambio del sexo registral, pues solo regula lo concerniente al nombre. En este sentido, las Cortes mediante interpretación lógica y sistemática han propuesto que puede extenderse el cambio de nombre al cambio de sexo registral, siguiendo frente a ello principios legales, constitucionales y por sobre todo principios contenidos en la regulación internacional y en fallos de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Esta interpretación a su vez puede caber dentro de una interpretación parrhesiástica, toda vez que uno de los argumentos más fuertes es que es justo que toda persona tenga derecho a su identidad. Esto trae detrás una denuncia a un sistema legal que ha dejado sin regulación la situación de las personas transgénero y el reproche de esta discriminación. Desde esta perspectiva, entonces, más que atribuir responsabilidad a alguien (porque ello escaparía de la función de la Corte Suprema al menos en este tipo de juicios), permite la posibilidad del cambio de sexo registral, y ahí está el coraje, porque dan una posibilidad que está estrechamente ligada con una verdad, pero cuyos efectos de esa permisión son indeterminados en el mundo del derecho y también en la sociedad.

¹³⁴ De acuerdo al artículo 95° del Código Orgánico de Tribunales, la Corte Suprema funciona en salas especializadas o en pleno. Respecto de las salas especializadas, de acuerdo al artículo 99° de este mismo Código “Corresponderá a la Corte Suprema, mediante auto acordado, establecer cada dos años las materias de que conocerá cada una de las salas en que ésta se divida, tanto en funcionamiento ordinario como extraordinario. Al efecto, especificará la o las salas que conocerán de materias civiles, penales, constitucionales, contencioso administrativas, laborales, de menores, tributarias u otras que el propio tribunal determine”. Finalmente, el Auto Acordado de la Corte Suprema N° 71 del 18 de junio de 2016, distribuye las materias que conocen las salas en funcionamiento ordinario y extraordinario. La tercera sala, que es la que tratará esta segunda parte, es la sala constitucional y contencioso administrativa.

relaciona con la determinación del significado de los textos legales y a menudo influye en la calificación de los hechos a los que se aplican las reglas legales”¹³⁵. Para este mismo autor, el objeto de la interpretación legal “es siempre un texto de una regla legal, expresada bien como una disposición o bien como una norma, y esta regla está formulada en lenguaje legal”¹³⁶. Existen múltiples concepciones y tipologías de interpretación legal, pero en general esta clase de interpretación se destaca por la persona que interpreta un texto, un órgano específico del Estado, y por el texto a interpretar, que en este caso es uno de rango legal.

Una situación especial de interpretación legal es la interpretación constitucional, la cual se distingue principalmente por su objeto, la Constitución. Esta clase de razonamiento se caracteriza por tres funciones básicas: la de orientación, que evalúa si un comportamiento se ajusta o no a las reglas constitucionales; la función de aplicación, en virtud de la cual las reglas constitucionales funcionan como bases normativas de la deliberación; y la función de control, la cual se relaciona con la observancia de que ciertas leyes e instituciones sean acorde al texto constitucional¹³⁷.

En general, tanto jueces letrados como de Corte, aun cuando se caracterizan por ser intérpretes legales que tienen como objeto a las reglas de rango legal, en virtud de la sujeción a la Constitución (por el principio de supremacía constitucional), igualmente cumplen con la función de orientación y de aplicación de la Constitución antes nombradas, razón por la cual desempeñan secundariamente funciones del intérprete constitucional. Sin embargo, lo que distingue al intérprete constitucional del intérprete legal es la función de control que le es reservada casi en su totalidad. En el caso chileno esa función está principalmente entregada al Tribunal Constitucional.

En materia administrativa, desde sus inicios, la competencia de quien conoce no ha estado claramente definida; sin embargo, gracias a la doctrina y la jurisprudencia, se determinó que los Jueces de Letras eran competentes para resolver asuntos cuando estaba comprometido un acto administrativo. Esto se debe particularmente al caso “Presidente de la República con Juez de Melipilla”¹³⁸, en donde la Corte Suprema, en base al principio de inexcusabilidad, aceptó la

¹³⁵ Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, 17.

¹³⁶ *Ibid.* 26.

¹³⁷ *Ibid.* 93-94. En estas páginas, el autor menciona las principales funciones del intérprete constitucional, enfocándose posteriormente en la función de control, la cual es una de las más relevantes particularmente por la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales para el caso concreto, y por la inconstitucionalidad de preceptos para todos los casos.

¹³⁸ Corte Suprema, Rol N° s/i, “Presidente de la República con Juez de Melipilla”, año 1967. Luis Cordero, *Casos Destacados de Derecho Administrativo*. Tomo III (Santiago: Thomson Reuters, 2015), 530-537. Para el profesor Luis

competencia de los tribunales ordinarios para conocer de los asuntos contenciosos administrativos, especialmente desde la perspectiva de la tutela de derechos¹³⁹. Desde esta concepción, al tener los tribunales ordinarios competencia para el control judicial de los actos administrativos, los juzgadores del contencioso administrativo serán desde entonces aquellos que típicamente resuelven en base a reglas de rango legal, de modo que, en general, por la naturaleza del órgano resolutor, este control judicial responde a la interpretación legal.

Ahora, el hecho de que el juez del contencioso sea característicamente un intérprete legal, no quita que existan funciones en él propias del intérprete constitucional. Una de esas funciones es la tutela de garantías fundamentales. Esto lo vemos especialmente a través de la acción de protección, la cual es una acción que aparece en la Constitución, pero que no es de competencia del Tribunal Constitucional, sino de las Cortes de Apelaciones, en primera instancia, y de la Corte Suprema, en una segunda instancia en caso de apelación. Esta acción, como es ostensible, está entregada a un juez que tradicionalmente es un intérprete legal, pero que dada la sujeción a la Constitución está obligado a conocer de una acción cuyo origen es constitucional, y cuyo fundamento, se basa en el menoscabo de derechos albergados también en la Constitución y no en la ley. Por lo mismo, aquí un clásico intérprete legal asume una función orientadora propia del intérprete constitucional.

Es por lo anterior, entonces, que la materia contenciosa-administrativa está en el límite de la interpretación legal, porque en múltiples procesos el juez debe cumplir funciones constitucionales, sin transformarse en un juez constitucional, ello sobre todo en la medida que sigue aplicando criterios de interpretación legal (es decir, aquellos que contiene el Código Civil) en su razonamiento¹⁴⁰. Este argumento se ve reforzado en el hecho de que el contencioso

Cordero, este caso es importante porque “implica el inicio del camino a la tesis de la Corte de la plena competencia para conocer los asuntos contenciosos administrativos, especialmente desde la perspectiva de la protección de los derechos de las personas. Este caso toca además (...) la objeción de los Decretos de reanudación de faenas” (Luis Cordero, *Casos Destacados Derecho Administrativo*. Tomo III (Santiago: Thomson Reuters, 2015a), 539).

¹³⁹ Véase Luis Cordero, *Lecciones de derecho administrativo* (Santiago: Thomson Reuters, 2015b), 614.

¹⁴⁰ En general los criterios de interpretación legal seguidos en nuestro país son aquellos que señala el Código Civil en sus artículos 19° al 24°, los cuales siguen los elementos de interpretación propuestos por Savigny (gramatical, lógico, histórico y sistemático). Por mencionar solo algunas sentencias contenciosa-administrativas que siguen esta clase de interpretación, está la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 5055-2017, “Blue Ocean Sea Food con Subsecretario de pesca y Comisión de Adjudicación de la Subasta de los Permisos Extraordinarios de Pesca del bacalao de profundidad”, 13 de septiembre de 2017. Esta sentencia, en sus considerandos séptimo y ss., interpreta el art. 18 C del DS N° 97, que es la normativa en conflicto (por ser impropia), en base al elemento histórico y sistemático, razón por la cual invalida lo manifestado por la Corte de Apelaciones, la cual interpretó literalmente la norma. (Véase con más detalle el análisis de esta sentencia en el capítulo 2).

administrativo contiene en sí una serie de procedimientos que requieren de la aplicación de normas constitucionales. Aquí nuevamente resulta atingente la acción de protección, toda vez que su influencia en esta materia ha sido tal que “se ha constituido en el mecanismo ordinario de impugnación de los actos administrativos, al grado de operar como un verdadero contencioso-administrativo general y supletorio”¹⁴¹. En este sentido, el control judicial de la administración, si bien es competencia de tribunales ordinarios, en muchos de sus procedimientos requiere de la aplicación de normas constitucionales, hecha empero por clásicos intérpretes legales.

Ahora –como último punto a agregar en torno a esta clase de interpretación–, la interpretación legal, a diferencia de la Constitucional, se caracteriza por la idea de mayor imparcialidad que posee. Esta imparcialidad se debe a la noción de que la ley es aplicada mediante un razonamiento jurídico-práctico, es decir, mediante subsunción,¹⁴² que es intransitiva a razones sustantivas o funcionales, razón por la cual no se discute en torno a los fundamentos de la ley, sino más bien en base a cuestiones de formas. Contrario a ello, en materia constitucional existe una discusión más visiblemente política¹⁴³, la cual, en definitiva, permitiría afirmar más fácilmente la existencia de parrhesía¹⁴⁴. En este sentido, la interpretación legal es vista de manera mucho más formal, de modo que es contraintuitivo fundamentar discrecionalidad y sobre todo parrhesía en el actuar del juez. No obstante a ello, lo que pretende esta segunda parte es mostrar como en la interpretación que es entregada a un juez típicamente legal, igualmente pueden existir enunciados parrhesiásticos, que discuten no sobre las formas sino sobre la justicia sin mediación de la ley.

Lo anterior está estrechamente ligado con el segundo motivo por el cual interesa el control judicial de la administración. La idea de mayor discrecionalidad en la adjudicación de la Corte Suprema precisamente es contraintuitiva porque se trata del tribunal con mayor jerarquía, quien tiene a cargo el conocimiento de recursos tan estrictos como la casación o la nulidad. Tanto dichos procesos, como la estructura orgánica de este tribunal harían pensar, entonces, que hay poco espacio para la discrecionalidad judicial.

¹⁴¹ Juan Carlos Ferrada, “La evolución del sistema chileno de control de la administración: desde el control político y administrativo al control judicial”, en *Estudios de Justicia Administrativa*, autores Andrés Bordalí y Juan Carlos Ferrada (Santiago: Legal Publishing, 2008): 41.

¹⁴² Véase nota al pie de página n° 122.

¹⁴³ Véase Guastini, *Interpretar y Argumentar*, 310 y ss.

¹⁴⁴ Un contexto de interpretación constitucional haría más fácil afirmar la existencia de enunciados parrhesiásticos, toda vez que pareciera existir mayor libertad de fundamentar una postura. Esto se ve reforzado si pensamos en el Tribunal Constitucional, el cual analiza la constitucionalidad de las leyes con gran libertad, lo cual permitiría fácilmente enunciados de verdad, pero que en general, son enunciados activistas o políticos.

Sin embargo, en materia administrativa ello no es así. Esto se debe a que esta materia aun es objeto de muchas disputas en términos teóricos, lo cual abre la puerta a una serie de posturas y de fundamentos que dan variedad en las decisiones. Un punto en disputa es, por ejemplo, el carácter generalista de la Corte Suprema, pues más allá de que esté especializada en salas, ello no implica ni garantiza que su experticia en determinados temas, como en libre competencia, sea superior al de la agencia administrativa que origina un acto o al tribunal especializado que revisa dicho acto¹⁴⁵. Esto conlleva a que exista conflicto en cuanto a qué debe revisar la Corte, pues algunos desconfían de la amplia discrecionalidad que poseen las agencias, razón por la cual fundamentan que este máximo tribunal conozca todos los aspectos de un caso (hechos, derecho y conveniencia de la implementación de una política pública). Por el contrario, otros sostienen que, al tener menos experticia en temas, la Corte debería limitarse a conocer el derecho¹⁴⁶.

De estas disputas, en definitiva, lo que surge es que el juez puede darse a sí mismo mayor o menor discrecionalidad al decidir en torno a determinados temas, lo cual deviene en una mayor fundamentación que permitiría fácilmente vislumbrar enunciados parrhesiásticos. Por esto mismo, entonces, es que esta tesis revisará decisiones judiciales en torno al contencioso-administrativo, pues este es rico en debates y, en general, en base a la desconfianza respaldada en garantizar de mejor forma la tutela de derechos de los particulares, presenta mayores decisiones basada en la discrecionalidad de los juzgadores.

1.2 Importancia del periodo elegido en base al contexto político, académico e institucional que le precedió

El hecho de que la jurisprudencia seleccionada provenga de la Corte Suprema no es algo baladí, sino que responde a cuestiones procesales e históricas que explican la peculiaridad de esta Corte. Como se dijo, las sentencias de este tribunal suelen ser más largas y obedecer a una mayor fundamentación ya que, por la naturaleza del órgano, los fallos generalmente corresponden a

¹⁴⁵ Véase Luis Cordero y Javier Tapia “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional”, *Revista Estudios Públicos* 139 (2015): 40, nota al pie de página n° 131. Analizando las contradicciones que hay en la forma de conocer de la Corte Suprema dado el diseño institucional, los autores plantean que los beneficios de la especialización en materia de libre competencia y medioambiente se ven amenazados por la intervención de la Corte Suprema, la cual muchas veces realiza una revisión de mérito o de plena jurisdicción, refiriéndose a los hechos, al derecho y a lo correcto de la implementación de políticas públicas. Esto es perjudicial toda vez que la experticia de este tribunal sobre temas determinados es inferior al conocimiento que tiene tanto la agencia que realiza un acto, como al tribunal especializado que revisa dicho acto, de modo tal que ni la división por salas que existe desde 1995 ayuda a tener la misma experticia que podría tener una agencia o un tribunal especializado. Por lo mismo, dado el inferior conocimiento en temas específicos, la Corte Suprema es típicamente un Tribunal generalista, pero que muchas veces conoce como si fuera un tribunal especializado.

¹⁴⁶ *Ibíd.* 1-48.

revisiones de derecho como la casación o la nulidad, a fallos en torno a una apelación, cuando funciona dicha Corte como un tribunal de segunda instancia, o también por los precedentes que va dejando, sobre todo en materia laboral con el recurso de unificación de jurisprudencia. En este sentido, las decisiones judiciales de este Máximo Tribunal importan, por una parte, dada sus características más bien procesales.

Junto con ello, la Corte Suprema contiene en sí aspectos históricos relevantes, que permiten explicar, en algunos casos, los roles que toman los jueces en determinados periodos históricos, y también el diseño institucional actual de la Corte. Y precisamente, en base a estos aspectos históricos, la presente sección buscará entañar en esos contextos con el objeto de explicar el panorama institucional actual, particularmente la especialización por salas y la conformación de la tercera sala, en donde jueces como Carlos Cerda, Haroldo Brito, Sergio Muñoz, y otros, fueron constituyendo perfiles de magistrados que actúan motivados por la tutela efectiva de derechos, y que gracias a ellos, como se verá, es posible afirmar la existencia de parrhesía en la actuación judicial, aun cuando las circunstancias políticas, académicas e institucionales hayan cambiado.

Por lo anterior, lo primero que se analizará, muy brevemente, será la actuación de este Tribunal en el periodo denominado de la “democracia radical”, para luego estudiar su rol durante la dictadura, las actuaciones de determinados jueces, la postura durante los primeros años de transición y, finalmente, analizar la causa de las especializaciones por salas y el diseño institucional que se adoptó desde ese entonces en este Máximo Tribunal.

La Corte Suprema si bien fue establecida en 1824 solo adquirió relevancia política en 1891 con la guerra civil¹⁴⁷. Ello debido a que el presidente Balmaceda había aumentado el número de tribunales y el personal dentro del Poder Judicial, los cuales, empero, fueron removidos de sus cargos luego de la guerra civil. Desde ese momento como afirma Faúndez “los partidos políticos influían de cerca en los nombramientos judiciales, y de este modo la composición del poder judicial comenzó a reflejar los grupos dominantes al interior del Congreso”¹⁴⁸. Carlos Ibáñez del Campo fue uno de los principales detractores de esta notoria influencia, razón por la cual, durante su gobierno buscó implementar –sin éxito– políticas con el objeto de reformar el Poder Judicial. Ello generó una serie de resentimientos que terminó incluso con una acusación constitucional,

¹⁴⁷ Véase Julio Faúndez, *Democratización, Desarrollo y Legalidad: Chile, 1831-1973* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011), 152 y ss.; Alejandra Matus, *El Libro Negro de la Justicia Chilena* (Santiago: Ediciones B y Chile S.A, 2017), 237 y ss.

¹⁴⁸ Faúndez, *Democratización, Desarrollo y Legalidad*, 153.

razón por la cual la Corte Suprema de a poco intentó mantener un perfil bajo que demostrara imparcialidad e independencia. Sin embargo, en opinión de Faúndez, ello no fue tan así:

La Corte Suprema parecía dispuesta a mantener un bajo perfil político (...) Pero bajo la presión de individuos agraviados por decretos de la administración, la Corte respondió dinámica y críticamente en la medida en que había desarrollado una variedad de estrategias y subterfugios para fiscalizar los actos de la administración (...) demostrando poco interés por los límites formales de sus poderes y exhibiendo una veta alarmantemente autoritario, transformó sus poderes disciplinarios en una tercera instancia, aumentando de este modo su capacidad de influir en el contenido y la dirección de las decisiones judiciales¹⁴⁹.

Lo anterior se debe al rol que tomó este Tribunal en relación con la justicia administrativa. Ello debido a que, si bien la Corte nunca reconoció la competencia de los Tribunales Ordinarios en dicha materia (pues la competencia estaba radicada únicamente en los inexistentes Tribunales Administrativos), sí, a partir del caso Montero¹⁵⁰, recomendó no aplicar ciertos actos administrativos, como alternativa a su incompetencia para invalidarlos. La influencia de esta jurisprudencia es relevante ya que, en el periodo de la democracia radical, el derecho privado se usó indiscriminadamente para descartar actos de gobierno, amparado ello en la tutela de los derechos de los particulares.

Durante el periodo de la democracia radical, que surge en el año 1964 y termina con el golpe de Estado en 1973 –contexto en el cual se desarrollaron los gobiernos de Eduardo Frei Montalva y Salvador Allende–, la crítica al Poder Judicial era latente. Textos como *¿Justicia de clase?*¹⁵¹ del profesor Novoa Monreal remecían la discusión académica y también política, al afirmar que la pluralidad de la sociedad no se veía reflejada en el Poder Judicial¹⁵². Ello debido a que los tribunales seguían manteniéndose, en su mayoría, constituidos por magistrados conservadores, todos los cuales, como se evidencia a través de la revisión de 20 casos provenientes de las distintas ramas del derecho, en general fallaban en favor de la propiedad, es decir, en favor de los empresarios, de los terratenientes, de los arrendadores, etc.

¹⁴⁹ *Ibid.* 170-171.

¹⁵⁰ Corte Suprema, Rol N° s/i, “Montero con Comisariato Departamental de La Serena”, 14 de octubre de 1947, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 45 (1948): 248–250.

¹⁵¹ Eduardo Novoa Monreal, “¿Justicia de clase?”, *Revista Mensaje* N° 187 (Marzo-Abril, 1970). “Cada día se extiende más la imputación de que en Chile se administra una justicia de clase. Esto significa atribuir a los jueces una concepción unilateral de la justicia –puesto que la concebirían únicamente como aquello que es útil para el sostenimiento del status social vigente – y a la vez coloca a los tribunales en abierto antagonismo con todos los sectores, cada vez más amplios, que creen indispensables profundos cambios sociales” (*Ibid.* 108).

¹⁵² Véase Jaime Faivovich, “La reacción tiene santos en la Corte”, *Punto Final* 38 (1967). “El Poder Judicial chileno no ha logrado adaptarse a las circunstancias sociales que vive el país”; “el pluralismo ideológico imperante no rige para el Poder Judicial, mantenido enteramente al margen de la renovación de las aspiraciones nacionales en lo social” (*Ibid.* 117).

Frente a esta situación la Corte Suprema no tardó en reaccionar, pues en el discurso inaugural del año judicial de 1970, Ramiro Méndez, como Presidente de esa Corte, afirmó que “[e]s absurdo decir que la justicia entre nosotros es una justicia de clase, defensora incondicional del status social vigente. Ella es simplemente la aplicadora de las leyes que rigen la República”¹⁵³. No obstante el enfrentamiento no acabó allí. Durante los tres años siguientes el debate entre la Corte Suprema y el Ejecutivo aumentaba, toda vez que este último se resistía a cumplir con las decisiones judiciales, mientras la Corte, en cierto tipo de casos, abandonaba su formalismo decimonónico, para decidir en base a principios de justicia y equidad. Así ocurrió, por ejemplo, en el Caso Rayonhil¹⁵⁴, en el cual, siguiendo la jurisprudencia del caso Montero, la Corte Suprema se declaró incompetente para conocer de asuntos administrativos, “pero indicó que los tribunales, no obstante, tenían el deber de defender el derecho de propiedad. Debido a que la disputa en el caso de conflicto de jurisdicción involucraba una acción para recuperar la posesión”¹⁵⁵. Desde esta perspectiva el actuar de la Corte Suprema dejó de ser propiamente imparcial y neutro políticamente, pues evidenciaba un rechazo a las políticas tomadas por el Ejecutivo en razón a que afectaban la independencia del Poder Judicial y ello era suficiente motivo para rechazar las políticas del gobierno.

Es relevante señalar que no solo la Corte Suprema dejó de lado su imparcialidad para entrar en el debate político de la época, pues la Contraloría General de la República también hizo lo suyo. Dicha parcialidad se asoma sobre todo en aquellos asuntos en los cuales repentinamente esta institución cambió la postura que llevó por años. Aquí es ilustrativo mencionar lo respectivo a la toma de razón, pues, de un momento a otro, dejó los análisis puramente formales, para luego —en ciertos casos— revisar los fundamentos materiales de las acciones del ejecutivo; como ocurre con los decretos de reanudación de faenas¹⁵⁶.

Frente a esta serie de enfrentamientos entre el Ejecutivo y la Corte Suprema, es posible ya evidenciar ciertos sesgos de parrhesía en el actuar judicial, particularmente porque los tribunales

¹⁵³ Ramiro Méndez Braña, “Memoria leída por el Presidente de la Excma. Corte Suprema en la Sesión Inaugural del año 1970”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales* 67 (1970): v-xli.

¹⁵⁴ Corte Suprema, Rol N° s/i, “Rayonhil Industria Nacional de Rayón SA con Director de Industria y Comercio y Otros”, 5 de septiembre de 1973, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 70 (1973): 66–71.

¹⁵⁵ Faúndez, *Democratización, Desarrollo y Legalidad*, 251.

¹⁵⁶ Véase Faúndez, *Democratización, Desarrollo y Legalidad*, 242 y ss. “[L]a Contraloría no trató el examen de los decretos del gobierno como una formalidad. Por el contrario, se enfocó celosamente en los hechos invocados por el gobierno como predicado para sus acciones y en algunas instancias fue mucho más allá del examen de los hechos, extendiendo su alcance a áreas políticas” (*Ibid.* 243).

actuaron muchas veces alejándose de sus posicionamientos dominantes con el fin de asegurar la justicia. Ello se ve motivado sobre todo en el hecho que la Corte dejó su aparente neutralidad de lado, para defender la tutela de derechos de los particulares, especialmente en materia de propiedad. Sin embargo, esto no está ausente de críticas, pues si entendemos por parrhesía (judicial) aquel actuar valiente, que implica coraje y riesgo en pos de evidenciar un abuso y reprochar esa injusticia, bien podría plantearse que dicho actuar no era valiente, pues, tomando la crítica del profesor Novoa Monreal, implicaba simplemente una justicia de clase, que perpetuaba las injusticias de otros sectores sociales históricamente relegados. En todo caso, si miramos solamente las actuaciones de la Corte, y confiamos en la literalidad de sus palabras, sí habría actos temerarios, en el sentido que esta asumía un rol políticamente relevante, que implicaba luchar por ciertos objetos que se consideraban valorables y, ayudaba a mostrar ello, que el Poder Judicial buscaba garantizar principios fundamentales del Estado de Derecho, como la separación de los poderes del Estado y la independencia judicial¹⁵⁷. Sin embargo, determinar si hubo o no parrhesía (judicial) en este periodo es un aspecto que escapa del objeto de esta tesis.

Con la llegada de la dictadura, la Corte Suprema volvió a su pasividad habitual¹⁵⁸, a tal punto que en muchos casos retomó su razonamiento exegético, dejando sin tutela a los particulares en derechos tan relevantes como la vida y la integridad física y psíquica. Así lo evidencia tanto el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (o Informe Rettig) como el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* (o Informe Valech), los cuales indican que “el Poder Judicial no reaccionó con la suficiente energía frente a las violaciones a los derechos humanos”¹⁵⁹ y que la “Corte Suprema no sólo cedió el terreno para la acción discrecional de las nuevas

¹⁵⁷ Esta afirmación es en todo caso dudosa porque para Julio Faúndez la Corte solo utilizaba ese argumento para respaldar una postura política clara: “el cambio de la Corte Suprema de una posición pasiva a una posición activa y orientada hacia la protección de los derechos fue inspirada por consideraciones políticas inmediatas, más que por una transformación genuina en el modo como ésta concebía su rol de protectora de los derechos constitucionales” (Faúndez, *Democratización, Desarrollo y Legalidad*, 258). Desde esta perspectiva no habría parrhesía judicial propiamente tal, sino solo activismo político, pues el objeto del tribunal no sería garantizar la independencia y la imparcialidad, sino solo hacer legalmente más compleja la llamada vía chilena al socialismo. Por consiguiente, no habría ni condición de veracidad ni de moralidad en su actuar.

¹⁵⁸ Véase Faúndez, *Democratización, Desarrollo y Legalidad*, 258. “[N]o es sorprendente que después del derrocamiento de Allende, la Corte Suprema volvió a ser lo que era, rehusándose a cuestionar las atrocidades cometidas por el régimen de Pinochet y, así, implícitamente suscribiéndolas” (*Ibid.* 243).

¹⁵⁹ *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Tomo I (Santiago: Ministerio Secretaría general del Gobierno de Chile, 1996), 85.

autoridades y sus agentes. Además, hizo caso omiso de los abusos cometidos contra personas dejadas en total indefensión frente a aquellas arbitrariedades”¹⁶⁰.

Desde esta perspectiva, la defensa que realizó la Corte Suprema en cuanto a la independencia del Poder Judicial en el periodo de la democracia radical dejó de ser tal durante el periodo de dictadura, ya que en la mayoría de los casos referidos a temas de Derechos Humanos simplemente se limitó a aceptar las versiones de los hechos que otorgaba la autoridad, particularmente el Ministerio de Justicia y el de Interior, en vez de investigar dichos hechos para determinar cómo estos sucedieron.

Lo anterior es destacado por el Informe Rettig, el cual indica que “la excesiva pasividad de los tribunales manifestada en aceptar las explicaciones de la autoridad respecto de los hechos investigados (...) contribuyó a impedir que los culpables fueran sancionados”¹⁶¹ y demostró la dependencia del Poder Judicial respecto a las autoridades en dictadura. Junto con ello, autores como Lisa Hilbink, manifiestan que el diseño institucional del Poder Judicial influyó mucho en la pasividad de los magistrados, pues el histórico “apoliticismo” resguardado por las magistraturas deja a los jueces sin mayores ganas de adscribir a la defensa de principios democráticos liberales¹⁶².

Sin embargo, a pesar de la pasividad de los tribunales, dada la condescendencia a la dictadura y a las coacciones propias del Poder Judicial motivadas por su estructura, hubo ciertos jueces que actuaron desatendiendo las versiones dadas por las autoridades de la dictadura e investigaron lo que sucedió. Y es esta labor de ciertos magistrados la que interesa a esta tesis, porque desde estos hechos (y no de la actuación de la Corte Suprema durante la democracia radical), puede evidenciarse cierto “germen” de parrhesía al interior del Poder Judicial.

Como explica Alejandra Matus en *El Libro Negro de la Justicia Chilena*, en 1980 se creó la Corte de Apelaciones de San Miguel¹⁶³, la cual fue cuna de la disidencia judicial de esos años y gestora de algunos magistrados que integraron –o integran– la Corte Suprema. Algunos de los jueces cuyas actuaciones fueron distintivas durante dictadura fueron Carlos Cerda (Santiago), José

¹⁶⁰ Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. Tomo I (Santiago: Ministerio del Interior, 2005), 171.

¹⁶¹ Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 92.

¹⁶² Véase Lisa Hilbink, *Judges beyond politics in democracy and dictatorship* (New York: Cambridge University Press, 2007), 5-6.

¹⁶³ Véase Matus, *El Libro Negro de la Justicia Chilena*, 195 y ss.

Benquis (San Miguel), Haroldo Brito (Valparaíso), Milton Juica (Santiago), entre otros¹⁶⁴, los cuales demostraron muchas veces la voluntad de constituirse en los cuarteles secretos (y no desconocerlos) y dieron curso a investigaciones tan complejas como el caso degollados.

Las actuaciones de estos jueces pueden calificarse como verdadera parrhesía (judicial), toda vez que buscaban la verdad sobre un hecho con el objeto de poder entregar justicia en caso de vulneración, agravio o menoscabo. Este ímpetu de verdad lo podemos observar en el magistrado Carlos Cerda, el cual es reconocido por su participación activa en la defensa de los Derechos Humanos durante la dictadura militar. Un ejemplo de ello lo vemos en la deliberación que tomó este juez al acusar a cuarenta personas, incluidas treinta y dos pertenecientes a las Fuerzas Armadas, en el caso de los trece líderes comunistas desaparecidos en 1976. Esta deliberación le costó casi la salida del Poder Judicial a Cerda:

On appeal, both the Santiago Appeals Court and the Supreme Court rejected this argument. The high court overturned the indictments and ordered Cerda to apply the amnesty law to close the case. Cerda responded that to do so would be “evidently contrary to law (derecho)” and that thus, according to Article 226 of the Penal Code, he had the right to refuse the order of his superiors. This act outraged the members of the Court, and, in an extraordinary plenary session, they suspended Cerda from the judiciary for two months with only half pay. On learning of the sanction, Cerda stated, “My actions are in keeping with the oath of allegiance to justice, truth, and peace which judges swear to when they take their offices”¹⁶⁵.

Este gesto del magistrado correspondió a un comportamiento inédito en los tribunales durante la época de dictadura, ya que en la mayoría de los casos la justicia se limitaba solo a análisis formalistas, sin importar mayormente la tutela de derechos particulares. En este sentido, el actuar que de a poco, y muy escuetamente, ciertos jueces fueron desarrollando puede clasificarse de parrhesiástico, en virtud de que se trata de un caso difícil y se cumple con la condición de verdad, con la de moralidad y existe la voluntad de denunciar un abuso y atribuir responsabilidad con el fin de obtener justicia. Es importante analizar cada uno de estos pasos en esta actuación, principalmente porque a partir de estos aislados comportamientos es posible ir construyendo algunos de los orígenes de las actitudes parrhesiásticas de los magistrados.

El caso mencionado corresponde a uno difícil debido a que lo que estaba en juego era la aplicación o no del Decreto Ley de Amnistía, dictado en 1978. Este Decreto, sin hacer una

¹⁶⁴ Durante la década de los noventa, se suman otros jueces que destacaron en temas en torno a derechos humanos y que están actualmente en la Corte Suprema como Hugo Dolmestch, Jorge Dahm y, en particular, Sergio Muñoz y su participación en el caso de Tucapel Jiménez y el caso Riggs. Otros, como Alejandro Solís también contribuyeron en causas de derechos humanos, pero no llegaron a la Corte Suprema.

¹⁶⁵ Hilbink, *Judges beyond politics in democracy and dictatorship*, 171.

distinción entre los delitos comunes y aquellos cometidos con motivación política, concedió amnistía a todas las personas implicadas en actos delictivos en calidad de autores, cómplices o encubridores, cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Para el ministro Cerda este Decreto era contrario a derecho razón por la cual, en base al artículo 226 del Código Penal, decidió suspender la orden que le habían dado sus superiores de fallar en base a dicha normativa¹⁶⁶. En este caso, el problema que existe es uno de impropiedad, pues siendo vigente en esos años (1988) la Ley de Amnistía y siendo las circunstancias particulares subsumibles en la normativa, Cerda consideró injusta dicha ley, no solo para el caso concreto, sino también en abstracto, pues dejaba impune delitos contra los derechos fundamentales de los 13 desaparecidos. En este sentido, la explicación en base a la cual se fundamenta por qué no se aplicó una ley siendo pertinente adjudicar en base a ella es lo que genera el espacio para el despliegue de parrhesía del juzgador.

Junto con ello, este caso cumple con la condición de veracidad propia de la parrhesía en general, debido a que este juez manifiesta un compromiso entre lo que hace y lo que piensa, pues al negarse a cerrar a una investigación de forma permanente –no llevando a cabo el “cúmplase” del cierre definitivo de la causa mandado por la Corte de Apelaciones–, actuó consistentemente de acuerdo con sus razones, pues no encontraba justificación moral ni jurídica para fundamentar la resolución mandatada:

¿Qué hace entonces el juez que al tiempo de enfrentarse a un ‘cúmplase’ de rutina perciba que con él vulnera abiertamente lo que la sociedad mayoritariamente en un primer atisbo de soberanía popular, después de lustros de excepcionalidad jurídica, le encarga preservar? (...) ¿Y por qué, me pregunté, siendo mis superiores y yo miembros de un mismo cuerpo -el querido Poder Judicial- podemos concebir una misma cosa de manera tan distinta y opuesta? ¿Y por qué los presiento a ellos tan lejanos de la fuente de lo justo, mientras yo tan cercano? ¿Cómo comprobar que no se trata únicamente de mi arrogancia y pedantería?¹⁶⁷

De estas palabras del magistrado, pronunciadas el 30 de agosto de 1989, se evidencia ciertamente un compromiso por actuar de acuerdo a sus convicciones; un compromiso con la búsqueda de la verdad y con la justicia, que permite observar el cumplimiento de la condición de veracidad de la parrhesía en general¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Véase Matus, *El Libro Negro de la Justicia Chilena*, 84 y ss.

¹⁶⁷ Citado por Alejandra Matus en Matus, *El Libro Negro de la Justicia Chilena*, 88.

¹⁶⁸ El ímpetu por la verdad de este juez lo podemos observar también en las palabras que vociferó en defensa del derecho de libertad de expresión de un ex vocero de Pinochet: "Entendemos que también es cierto que una de las mejores maneras de involucionar en la cultura nacional es la de acallar. Atención sea hecha a estándares y status quos

Asimismo, en estas expresiones también se puede observar la satisfacción de la condición de moralidad, toda vez que el juez Carlos Cerda actuó con coraje al interpretar la legalidad no desde un criterio puramente formalista como se habituaba en esa época y sujeto a los mandatos del Ejecutivo, sino que actuó de forma disidente, en defensa de los Derechos Humanos y con el objeto de poder esclarecer lo que realmente sucedió, optando por no cerrar definitivamente el caso. Esta actuación, a su vez, constituye un riesgo indeterminado, pues implica salirse de la pasividad del Poder Judicial, lo cual generó diferentes efectos tanto en los familiares de las víctimas, en los defensores de los Derechos Humanos, en la prensa y sobre todo dentro del Poder Judicial. Esto último debido a que el 16 de enero de 1991 “un pleno convocado extraordinariamente lo castigó con dos meses de suspensión, durante los cuales solo recibiría la mitad de su sueldo”¹⁶⁹. La razón de la sanción recibida fue fundamentada porque la actuación de Cerda habría constituido un desconocimiento de sus obligaciones y una falta de disciplina.

Finalmente, se cumple con las condiciones particulares de la parrhesía judicial, debido a que la actuación del magistrado es una denuncia de abuso de poder por parte de las autoridades de la dictadura y el uso que hacían de las Fuerzas Armadas y organismos de inteligencia, que hasta esa época no era vociferado por miembros del Poder Judicial. De esa denuncia, también hay voluntad de atribuir responsabilidad, pues se acusa a cuarenta personas de la desaparición de los dirigentes comunistas, y luego, el magistrado se niega a cerrar definitivamente el caso, con el propósito de que alguna vez se pueda esclarecer la verdad y se pueda sancionar a los infractores. En este sentido, en definitiva existe una búsqueda de justicia material conmutativa que pudiera dejar en igualdad el daño producido.

Junto con algunas actuaciones similares a las de Carlos Cerda realizada por otros jueces, un grupo de magistrados, encabezado por Hernán Correa de la Cerda, comenzaron a criticar – fundamentalmente dentro del plano académico– la pasividad del Poder Judicial. Estos magistrados se juntaron particularmente en instancias promovidas tanto por la Universidad Diego Portales como por el Centro de Promoción Universitaria (CPU)¹⁷⁰. Aquí es importante mencionar la obra del Centro de Estudios Públicos (CEP) *Proposiciones para la reforma judicial*, en la cual tanto

que, a modo de burbujas (...) hacen de distanciadores entre el que detenta el poder y quien se lo otorga. En este orden de ideas quizás si el gran desafío cultural sea el de que asumamos como pueblo que debemos dejar definitivamente atrás el tiempo en que 'la autoridad era verdad', para advenir a aquél otro en que 'la verdad sea autoridad'" (*Ibid.* 91).

¹⁶⁹ *Ibid.* 89.

¹⁷⁰ Véase Matus, *El Libro Negro de la Justicia Chilena*, 207 y ss.

académicos como Carlos Peña y Eugenio Valenzuela Somarriva y jueces como Hernán Correa de la Cerda, Marcos Libedinsky y Nancy de la Fuente colaboraron. En este libro se mencionan una serie de ineficiencias del Poder Judicial y se recomiendan, asimismo reformas para este Poder del Estado. Algunas de las principales deficiencias son:

a) Es frecuente en el ámbito judicial el formalismo excesivo, que pierde de vista la función puramente instrumental de ciertas tareas o exigencias. Ocurre aquí un cierto desplazamiento de metas, a través del cual un valor instrumental se convierte en un valor final (...) c) A lo anterior hay que agregar que la organización judicial se configura, la más de las veces, como un ámbito con múltiples centros de decisión e influencia. Los tribunales aparecen como una institución que ha exagerado aquello que Carl Schmitt llamaba los "pasillos del poder", esto es, como una institución que ha exacerbado esa inevitable antesala de influencias e informaciones indirectas con las que el poderoso adopta sus decisiones. El principio de intermediación, al no ser observado, expande la posibilidad de que la decisión jurisdiccional dependa, más que del juez, de aquellos que manejan la antesala y el pasillo. Es del caso considerar a este respecto que la diferenciación y complejidad de los asuntos que debe atender un juez lo induce a delegar el manejo de un volumen considerable de información. Lo anterior impone al juez la responsabilidad de controlar el manejo de esas tareas, cuestión que en definitiva resulta más gerencial y administrativa que jurisdiccional. En nuestro medio, sin embargo, con frecuencia se tiende a subvalorar, si no a olvidar, esa importante función que al juez compete. Tal vez sea ésta una de las tareas pendientes de la capacitación judicial. Para ser un buen juez no basta estar dotado de buen sentido y de la preceptiva dogmática usual, es necesario ser también un buen administrador o gerente¹⁷¹.

Con la llegada de la democracia, Patricio Aylwin reforzó estas ideas, criticando la labor del Poder Judicial durante dictadura y buscando implementar reformas, las cuales –en su gran mayoría– recién se concretizaron en el gobierno de Frei. Las principales críticas apuntaban a la pasividad de los tribunales durante el periodo, lo cual fue tomado de muy mala forma por la Corte Suprema, pues reaccionó alegando que ella cumplió con su deber de cumplir con la ley¹⁷².

De lo anterior puede observarse que a partir de la actitud de algunos jueces en sus decisiones y de las críticas tanto de académicos, como de magistrados y del Ejecutivo, ciertamente la tutela de derechos fundamentales de los particulares se transformó en una demanda importante que penetró al espacio público¹⁷³. Sin embargo, no se puede hablar de que el Poder Judicial inmediatamente se transformó en un activista por la tutela de derechos, sino que de a poco fue asegurando de mejor forma los derechos.

¹⁷¹ Eugenio Valenzuela Somarriva, coord., *Proposiciones para una Reforma del Poder Judicial* (Santiago: CEP, 1991), 93-94.

¹⁷² Véase Matus, *El Libro Negro de la Justicia Chilena*, 61 y ss.

¹⁷³ Véase Javier Couso y Lisa Hilbink, "Del quietismo al activismo incipiente: Las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile", en *Tribunales Constitucionales en América Latina*, coords. Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación), 181 y ss.; 190 y ss.

Los pocos cambios que fueron generándose, a su vez, estuvieron motivados por el encarcelamiento de Pinochet en Londres y la atención internacional que había sobre nuestro país en torno al aseguramiento de los derechos fundamentales. En todo caso, para autores como Huneeus, la condena a crímenes cometidos en dictadura estuvo originada más por compensar un extremo formalismo que por el castigo a la infracción¹⁷⁴. Junto con ello, cabe destacar el auge del neoconstitucionalismo, que de a poco logró penetrar los tribunales ordinarios gracias al desarrollo doctrinario que fue surgiendo de él y gracias a la importancia que daba a los derechos fundamentales de las personas.

Una de las reformas propuesta por el ex Presidente Aylwin al Poder Judicial logró implementarse en 1995¹⁷⁵ y generó, entre otras cosas, la especialización por salas en la Corte Suprema. Más tarde, en 1997, se decidió aumentar el número de ministros a 21, de los cuales se determinó que 5 debían ser ajenos al Poder Judicial para ser integrados como abogados especialistas en diferentes áreas del derecho. La especialización ciertamente generó efectos dentro del Poder Judicial, sobre todo en materia contencioso-administrativa, pues introdujo a expertos en derecho administrativo que fueron transformando la jurisprudencia de ese tribunal. Aquí destacan las actuaciones del ministro Urbano Marín y del ministro Pedro Pierry¹⁷⁶, las cuales contribuyeron a delinear el rol del derecho público y determinar los límites de múltiples instituciones.

Con la especialización de las salas de la Corte Suprema y con el ingreso de nuevos ministros a este Tribunal, además de todos los factores mencionados, la aplicación del derecho fue mejorando, siendo mucho más respetuosa de las garantías fundamentales de las personas, atendiendo de mejor manera a los principios del ordenamiento jurídico y comprendiendo las ramas del derecho de forma un poco más vanguardista a la luz de las discusiones dogmáticas. En este sentido, la obtención de justicia para un caso concreto, en la mayoría de las situaciones, dejó de requerir de actuaciones parrhesiásticas, que implicaban el despliegue de coraje por parte del juez, para encontrar un resultado razonable a la luz de la normatividad vigente.

¹⁷⁴ Véase Alexandra Huneeus, “Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn”, *Law & Social Inquiry* 35 N°1 (Winter, 2010): 99-135. “For some judges, I contend, this narrative also came to guide their actions. The interviews convey that the concern with redemption caused judges to be more considerate of plaintiffs, more rigorous in their investigations, and more public and open in their actions as they performed a symbolic justice to compensate for the past. The penitent performance, moreover, took place in the public sphere through the media, as well as in the judicial sphere of investigation and adjudication” (*Ibid.* 124).

¹⁷⁵ Ley N° 19.374.

¹⁷⁶ Véase Luis Cordero, “De Marín a Pierry: 20 años en el Desarrollo de la Responsabilidad del Estado en la Corte Suprema”, en *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo: Estudios en Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, coord. Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez y Osvaldo Urrutia (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2016), 410 y ss.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, es posible plantear que aún es posible encontrar enunciados parrhesiásticos en el interior de las sentencias, toda vez que, como se mencionó en la primera parte de esta tesis, la justicia en el procedimiento no implica, en los casos difíciles, la obtención de justicia material para el caso concreto. Desde esta perspectiva, por lo mismo, posterior a 1997 aún es posible hablar de parrhesía (judicial) en la adjudicación del juez.

Cabe destacar, como último punto a desarrollar, que el surgimiento de estos enunciados parrhesiásticos está influenciado por el aún “apoliticismo” del Poder Judicial, que implica una distancia insalvable entre el derecho y la política; por la noción moderna de justicia ligada fundamentalmente a la intransitividad del razonamiento jurídico y la consecuente confianza en el procedimiento; y por el diseño institucional de los órganos jurisdiccionales. Esto último es relevante toda vez que, aun cuando existan salas especializadas y ministros expertos dentro de la Corte Suprema, este Tribunal sigue siendo uno generalista, porque su experticia no es superior ni al de los órganos administrativos ni al de los tribunales especializados. En base a ello, la Corte solo debiese limitarse a analizar el derecho, sin embargo, muchas veces analiza los hechos y la conveniencia en la implementación de políticas públicas (utilizando un estándar amplio de revisión), razonando como si fuese un juez especialista, lo cual ocasiona que muchas veces se acojan las pretensiones de los particulares dejando sin efecto las decisiones de órganos administrativos¹⁷⁷.

En este contexto, se ha planteado que en el control judicial puede generarse un problema de activismo, el cual está entrañado en un debate más grande referido a la relación entre los poderes del Estado, pues el activismo judicial, dado que parte de un estándar de revisión amplio, “implica una mayor reducción de la autonomía de la Administración, [y] esto podría llegar a contrariar la mencionada visión de que corresponde a la Administración, no al juez, efectuar el balance entre derechos privados y necesidades públicas”¹⁷⁸. No obstante a ello, lo que se propone en esta tesis es que esos espacios de discrecionalidad, producidos por un error en la vinculación de las variables institucionales¹⁷⁹, no solo da espacio para el activismo judicial, sino que también, en

¹⁷⁷ Véase Alejandro Vergara, “Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial”, en *Centro de Políticas públicas UC* 10, n°63 (2015): 9 y ss.

¹⁷⁸ Cordero y Tapia, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias*, 30.

¹⁷⁹ Véase Cordero y Tapia, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias*. Un error en la vinculación de las variables ocurre cuando un tribunal especialista, es decir que tiene experticia en un tema, decide en base a un estándar restringido, o bien, cuando un tribunal generalista decide en base a un estándar amplio. Ello se debe a que cuando un juez tiene un mayor conocimiento sobre un tema, por ejemplo medioambiente o libre competencia, estaría en

casos en que hay conmoción social y alta sensibilidad del público, puede generar parrhesía (judicial), la cual más allá si puede o no justificarse en términos a si corresponde o no su despliegue, efectivamente existe, como una forma de actuación judicial sustantiva.

Así entonces, a modo de resumen, la importancia del periodo elegido, en base al contexto político, académico e institucional que le precedió, nos permitió ver algunos despliegues de parrhesía, particularmente en actuaciones de jueces como Carlos Cerda o Milton Juica que abogaron por los Derechos Humanos de detenidos desaparecidos y asesinados por la dictadura. Junto con ello, el marcado apoliticismo de la Corte Suprema, que tuvo excepciones durante la democracia radical, fue paulatinamente criticado tanto por los gobiernos pos dictadura, como por algunos magistrados del Poder Judicial, por la academia y por el neoconstitucionalismo, lo cual generó que, de a poco, el formalismo decimonónico fuera desapareciendo y la aplicación del derecho se hiciera más sistemática y, en ocasiones, a la vanguardia de las discusiones dogmáticas. Sin embargo, el diseño institucional actual no está ajeno a críticas, y la Corte Suprema, como Tribunal generalista, a veces utiliza estándares de revisión amplios los cuales pueden implicar además de un activismo, actuaciones parrhesiásticas en pos de una justicia material, aun cuando ya no existan las circunstancias políticas y académicas que favorecían el desarrollo de enunciados parrhesiásticos.

condiciones de conocer más que el solo derecho, pues contaría con las herramientas para evaluar los hechos y la eficacia de la implementación de políticas públicas. En cambio un tribunal generalista no está en las mismas condiciones razón por la cual solo debiese limitarse a conocer del derecho. Véase nota N°138.

CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.

Luego de haber presentado el marco teórico metodológico y de haber precisado aspectos procesales e históricos de la parrhesía judicial en la Corte Suprema, este último capítulo busca analizar 9 fallos de la tercera sala de este Máximo Tribunal que presentan enunciados parrhesiásticos o que contienen enunciados que sin ser parrhesiásticos se pueden asemejar.

Este capítulo se estructurará en cuatro secciones cada una de las cuales corresponderá al análisis de fallos en torno a un derecho particular y una conclusión. Así, la primera sección revisará sentencias relacionadas con la vida y la integridad física y psíquica; la segunda sección estudiará fallos relacionados con la igualdad ante la ley; la tercera sección analizará sentencias en torno a la propiedad; y la última sección recabará las principales conclusiones de los análisis y buscará dar cuenta de algunas características de la parrhesía.

Junto con ello, cabe destacar que las primeras tres secciones, a su vez, estarán divididas, primero, en dar a conocer antecedentes del caso, en donde se señalará el rol de la sentencia, la fecha, los jueces que la fallaron, los votos de mayoría y minoría y se indicará quien fue el ministro redactor del fallo. Asimismo, se resumirán los hechos principales del caso, las alegaciones principales y la normativa que se aplica. Finalmente, se verá si el caso corresponde a uno difícil (indicando cuáles son las normativas posibles de aplicar). Bajo la circunstancia de que un caso corresponda a uno difícil se verificará si hay parrhesía. Por último, se harán algunos comentarios finales en torno al fallo que se esté comentando.

En relación con la sección de conclusiones, se indicará en cuál de estos derechos es más fácil encontrar parrhesía y se intentará dilucidar ciertos indicadores que facilitan el desarrollo de enunciados parrhesiásticos.

2.1 Sentencias relacionadas con la vida e integridad de las personas

a) Caso “La Cañamera”

i) Antecedentes

- *Fecha:* 07/05/2013
- *Rol:* 10.156-2010
- *Ministros en sala:* Sergio Muñoz, María Eugenia Sandoval, Carlos Cerda, Guillermo Piedrabuena y Alfredo Prieto.

- *Ministro redactor:* Sergio Muñoz.
- *Voto de mayoría:* Sergio Muñoz, Carlos Cerda y Guillermo Piedrabuena.
- *Voto de minoría:* María Eugenia Sandoval y Alfredo Prieto.

ii) Resumen

- *Hechos:*

En el año 1962 comenzó a funcionar el ex Vertedero La Cañamera, recibiendo residuos sólidos domiciliarios de cinco comunas de Santiago. Originalmente el inmueble utilizado como vertedero se encontraba en una zona rural, alejada de los centros poblados y se mantuvo en operaciones hasta el año 1978, siendo abandonado definitivamente. Años después el terreno denominado La Cañamera (parte del cual se utilizaba como botadero o vertedero municipal) fue adquirido por la Municipalidad de Puente Alto por donación que le efectuaron los otros cuatro municipios y fue dividido en cinco lotes en el año 1985, siendo sus propietarios la Municipalidad de Puente Alto (Lotes 1 y 2), Inmobiliaria Los Silos III (Lotes 3 y 4) y el Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región metropolitana (Lote 5). En los lotes 3 y 4 la Inmobiliaria demandada construyó el lote de viviendas denominado “San Guillermo II”.

Con fecha 24 de octubre de 2003 se produjo la explosión de una cámara de alcantarillado ubicada en el patio de una de las viviendas de la villa, razón por la cual los vecinos tomaron conocimiento de que sus propiedades se encontraban construidas en un sector aledaño al vertedero “La Cañamera”.

En esa misma época el entonces Servicio de Salud Metropolitano –SESMA– recibió denuncias reiteradas por parte de vecinos relativas a emanaciones de gases y a la presentación de síntomas molestos atribuidos a dichas emanaciones, consistentes en malos olores y presencia de gas por los ductos de alcantarillado y chimeneas construidas para estos efectos.

Por esta razón, ante el Vigésimo Noveno Juzgado Civil de Santiago, ciento cincuenta y ocho habitantes de la Villa San Guillermo II de la comuna de Puente Alto dedujeron demanda de indemnización de perjuicios en contra de Inmobiliaria Los Silos III Limitada, del Fisco de Chile y de la Municipalidad de Puente Alto, argumentando que los organismos demandados permitieron que, en una zona no apta para la construcción de viviendas, empresas privadas edificaran y posteriormente vendieran a los demandantes viviendas que presentaban el grave inconveniente de

haber sido levantadas en terrenos próximos a lo que posteriormente conocerían como el Vertedero La Cañamera, provocándole graves perjuicios como consecuencia de adquirir casas emplazadas en una zona que no presentaba las condiciones para ser habitadas. Junto con ello, en su demanda exponen que durante los meses de verano sufren la emanación de malos olores provenientes del alcantarillado, generándoles malestares físicos, tales como náuseas, dolores de cabeza y molestias gástricas. Destacan que en el año 2004 hubo una explosión de una cámara del alcantarillado en uno de los pasajes de la población.

Por sentencia de primera instancia se acogió la demanda sólo en cuanto condenó a los demandados a pagar en forma simplemente conjunta, y por partes iguales, la suma de \$9.000.000 a cada uno de los demandantes, suma que se desglosaba en \$8.000.000 por concepto de daño emergente y \$1.000.000 por daño moral.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la demanda de primera instancia en cuanto por ella se acogía la demanda por daño emergente, decidiendo en su lugar que por dicho rubro quedaba rechazada, y confirmándola en lo demás con declaración de que elevaba a \$5.000.000 el monto que los demandados deben pagar solidariamente a cada uno de los actores por daño moral.

- *Alegaciones:*

Todas las partes del juicio interpusieron recurso de casación en el fondo. Sin embargo se destacarán las alegaciones principales. En primer lugar, en lo referente a la prueba se alega que hubo carencia probatoria para demostrar la certeza del daño moral ordenado a indemnizar infringiéndose, con ello, principalmente los artículos 47 y 1712 del Código Civil. Asimismo, se acusa que los sentenciadores realizaron una abstracción intelectual de sustituirse en el lugar del otro, razón por la cual desprendieron forzosamente el daño moral.

En segundo lugar, la Municipalidad de Puente Alto alude a que ella cumplió correctamente la normativa aplicable, en el sentido que el Director de Obras realizó todo a lo que lo obligaba la ley, razón por la cual la Municipalidad estaría eximida de toda responsabilidad.

- *Decisión y normativa aplicada:*

Los principales conflictos jurídicos que aquí se ventilan son dos. En primer lugar, respecto a la prueba, el problema que surge es sobre si la prueba es suficiente para acreditar el daño moral,

razón por la cual es fundamental aquí la amplitud de la normativa que regula la prueba. En segundo lugar, respecto a la Municipalidad surge el problema sobre el estándar de comportamiento que debe tener dicho organismo, en el sentido si es suficiente o no el solo cumplimiento de lo literal de la ley o es necesaria una conducta mucho más diligente.

Respecto de la primera cuestión, la Corte determina que la fuerza probatoria corresponde solo a los magistrados de la instancia. Sin embargo, se alude que los sentenciadores de instancia sí señalaron los motivos por los cuales arribaron a la convicción de que los hechos son ciertos. Por ello, la Corte determina que no hay problema con la prueba y no se vulnera la normativa alegada.

En cuanto al segundo punto, los sentenciadores indicaron que el cumplimiento formal de la normatividad sobre los permisos de construcción no exime de responsabilidad a este organismo. Ello porque el artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades indica que “satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el proceso económico, social y cultural de las respectivas comunas” es el objeto principal encomendado al municipio. Esto implica, entonces, que la obligación de la Municipalidad era cumplir con una “diligente aplicación de las disposiciones sobre construcción y urbanización, a fin de evitar que cientos de personas tuvieran que enfrentar los graves riesgos sanitarios de vivir en las proximidades de un terreno que sirvió de vertedero y cuyo cierre no fue objeto de tratamiento alguno, circunstancias que no eran desconocidas por dicha autoridad” (C. 22º). Todo esto, entonces, permite afirmar que la Municipalidad cumplió imperfectamente sus obligaciones.

iii) Análisis

- *Tipo de caso:*

Las circunstancias demuestran que este es un caso difícil desde dos puntos de vista. Primero en lo referido a la prueba y, segundo, en lo referido al estándar de actuación de la Municipalidad. Ambos conflictos suponen una dificultad similar en el sentido de la amplitud de la normativa.

En cuanto a la prueba, el conflicto es sobre si los malestares y los problemas en cuanto a la salubridad y la seguridad son suficientes para acreditar un daño moral. Frente a esto la Corte estimó que el razonamiento de la segunda instancia era correcto, de modo que bastarían los malestares mencionados para acreditar el daño moral. Así, cumpliéndose mínimamente los requisitos estipulados en los artículos 47 y 1712 del Código Civil se verificaría el daño moral.

Por otra parte, en lo referente al estándar de actuación de la Municipalidad, es donde más interesa ver el caso difícil, pues allí lo que surge es típicamente un problema de indeterminación. Dicha incompletitud se sustenta en la determinación del estándar de cumplimiento de las obligaciones por parte de la Municipalidad, en el sentido de si basta con el cumplimiento de la sola letra de la ley para verse satisfecha una obligación, o también es necesario seguir el espíritu de la legislación, de modo que se requiera una conducta mucho más diligente. De acuerdo al caso en comento, esta última postura fue la que tomó la Corte Suprema.

- *Parrhesía:*

Cumpléndose la condición de existir un caso difícil ahora corresponde evaluar si hay parrhesía. En primer lugar, es necesario analizar si se cumplen conjuntamente la condición de veracidad y la de denuncia de un hecho injusto por parte de los sentenciadores. En cuanto a la veracidad, ésta se cumple toda vez que en la sentencia los sentenciadores muestran convicción en que la deliberación en torno al daño moral es correcta. Lo anterior es ostensible sobre todo en cuanto se pone énfasis en el fallo en que el vertedero funcionó durante 17 años, en todos los cuales se omitió tomar medidas sanitarias, lo cual generó una serie de daños que a juicio de los juzgadores son “antecedentes [que] revelan inequívocamente el daño” (C. 20°). Estas expresiones son significativas, sobre todo en cuanto la defensa de los propietarios se basa en el olvido y la negligencia en el trato recibido por parte de la autoridad referente al terreno de sus viviendas, también en la vulnerabilidad económica de las familias. Desde esta perspectiva, el juez constituye su verdad a partir de estos hechos que demuestran un trato diferenciado a familias de condiciones socioeconómicas bajas, constituyendo así su verdad en base a la narración de los hechos del caso.

Por otra parte, la denuncia de la injusticia es evidente en múltiples considerandos de la sentencia, en los cuales se señala que: “éstos [los demandantes] viven en las inmediaciones de un ex vertedero que recibió por cerca de diecisiete años desechos domiciliarios” (C. 20°). También se indica que los problemas de salubridad tienen su origen “en el inadecuado manejo de cierre de un vertedero” (C.20°). Asimismo, se alude a que “la ocurrencia de los hechos acreditados –que importan inadecuadas condiciones de salubridad e incluso de seguridad en el entorno de los afectados-, lo usual, de acuerdo a la experiencia, es que se afecte el estado síquico de una persona, siendo en consecuencia una excepcionalidad que ello no suceda” (C. 20°). Más adelante también se plantea que “no se está dando cumplimiento integral a las atribuciones que ha entregado el legislador a los gobiernos comunales, incurriendo en una conducta poco cuidadosa respecto de

quienes acceden a estas viviendas con subsidio estatal en la creencia de que han sido emplazadas en terrenos idóneos y exentos de todo inconveniente sanitario” (C. 22°).

En este sentido, se cumple con las condiciones de veracidad y denuncia de un hecho injusto, correspondiente a la mala y riesgosa calidad de vida que llevan los demandantes producto de vivir cerca de un vertedero. Por consiguiente, lo que queda ver ahora es si se cumple con la condición de moralidad, que implica el coraje en la actuación del juez o riesgo indeterminado, y la atribución de responsabilidad por el hecho abusivo, en miras de obtener justicia.

En cuanto a la condición de moralidad, esta se cumple toda vez que los sentenciadores asumen riesgos indeterminados al dictar ese fallo. El primero de los riesgos está en lo inédito de aceptar una demanda en la cual se indemniza a tantas personas (158) por daño moral. Sin embargo, cabe admitir que sentencias de este estilo tienen sus antecedentes en los casos “Plomo en Arica”¹⁸⁰ o “Casas Copeva II”¹⁸¹, pero nunca con una indemnización a tantas personas.

Por otra parte, el segundo de los riesgos –y el más relevante– está en el estándar de actuación que construyó la Corte para no eximir de responsabilidad a la Municipalidad de Puente Alto. Ello debido a que el Tribunal considera que, para el cumplimiento de cualquier obligación, es necesario que la Municipalidad atienda a su objetivo primordial, el cual es velar por el bien común. En este sentido, lo correcto hubiera sido no solo cumplir con las normas relativas a los permisos de obra, sino también haberse preocupado por las condiciones de salubridad, sobre todo bajo el entendido que antes hubo un vertedero y que luego siguió funcionando ilegalmente. Esta construcción de un estándar de comportamiento más elevado es una doctrina problemática, que fue la originadora del fallo dividido en el caso en comento y que ha sido desechada en otras sentencias como el caso “Lincolao con Servicio de Salud Araucanía Sur”¹⁸², pues implica alejarse de la aplicación literal de la ley, lo cual puede ocasionar problemas en la seguridad jurídica.

Ahora, en relación a la atribución de responsabilidad, la Corte Suprema efectivamente la lleva a cabo, pues rechaza los recursos de casación. Asimismo, dicha atribución tiene como base una justicia de tipo material, en el sentido que tiene como objeto la corrección de un hecho

¹⁸⁰ Corte Suprema, Rol N° 11.857-2014, “Plomo en Arica”, 30 de octubre de 2014.

¹⁸¹ Corte Suprema, Rol N° 8895-2009, “Casas Copeva II”, 23 de octubre de 2012.

¹⁸² Corte Suprema, Rol N° 355-2010, “Lincolao con Servicio de Salud Araucanía Sur”, 30 de julio de 2012.

dañino que ocasionó perjuicios a los demandantes. Esto último es relevante sobre todo porque se trata de personas en condición de vulnerabilidad, tal como lo indica el profesor Cordero:

El caso La Cañamera, plantea de un modo adecuado los dilemas indemnizatorios que se generan tras un problema de Justicia Ambiental, extendiendo la falta de servicio a casos para los cuales originalmente no fue construida. Sin embargo, también revela los alcances limitados que tienen las compensaciones por daño moral para los afectados, que al final sólo beneficiaran a quienes demandaron, con consideraciones correctivas y no distributivas, que no obstante hechos como estos podrían justificar¹⁸³.

Por todo lo anterior, entonces, el caso en comento es resuelto en base a las consideraciones de veracidad y de moralidad que tienen los sentenciadores, toda vez que ellos consideraron que la aplicación del derecho no era clara, al tener este caso indeterminación en cuanto a la normativa a aplicar, lo cual favorece la decisión apoyada en base a fundamentos de justicia correctiva.

- *Comentarios Finales:*

El presente caso fue colocado en esta sección ya que el principal bien jurídico dañado es la vida e integridad física de las personas, en tanto las explosiones producen riesgos claramente en la vida y los malestares afectan la integridad de los demandantes, su calidad de vida y la pretensión de vida digna. Asimismo, cabe señalar que se eligió este caso no solo porque plantea conflictos jurídicos interesantes, sino también en razón a que retrata muy bien una circunstancia que afecta a un sector socialmente vulnerable, lo cual no es baladí. Ello debido a que dicha condición es reiteradamente mencionada en la sentencia y, ciertamente, frente a la indeterminación legal del caso, influye en la deliberación de los sentenciadores, pues el estricto marco legal no es suficiente para validar la decisión, en este sentido, la narración de los hechos del caso, influye directamente en la constitución de la verdad del juez.

Desde esta concepción es que podemos afirmar que hay parrhesía en la sentencia, ya que las cuestiones morales, en torno a la vida digna, a la creencia de vivir en condiciones idóneas, fueron pasadas a llevar injustamente por el aparato estatal, de modo que la pretensión de una justicia para el caso, ayudaron a deliberar en favor de los demandantes, no acogiendo los recursos.

b) Caso “Juan Silva con Dirección General de Gendarmería”

i) Antecedentes

¹⁸³ Luis Cordero, “Justicia Ambiental y Responsabilidad del Estado”, *El Mercurio Legal*, 27 de mayo de 2013, sección Análisis Jurídicos.

- *Fecha:* 06/07/2018
- *Rol:* 9000-2018
- *Ministros en sala:* Arturo Prado, Sergio Muñoz, María Eugenia Sandoval, Pedro Pierry, Álvaro Quintanilla.
- *Ministro redactor:* Sergio Muñoz.
- *Voto de mayoría:* Arturo Prado, Sergio Muñoz, María Eugenia Sandoval, Pedro Pierry, Álvaro Quintanilla.
- *Voto de minoría:* No hubo.

ii) Resumen

- *Hechos:*

El Defensor Penal Público Francisco Molina, actuando en representación de Juan Silva González dedujo acción de protección en contra de la Dirección Nacional de Gendarmería. Los hechos en los cuales se basa el recurso son (i) que Juan Silva se encuentra privado de libertad en el Centro de Detención Penitenciaria Santiago Sur. (ii) Que el condenado sufre insuficiencia renal crónica, razón por la cual debe ser trasladado todos los lunes, miércoles y viernes al Hospital San Juan de Dios para ser sometido a diálisis. (iii) Por regla general los trasladados del interno deben realizarse a las 6:00 de la mañana, sin embargo, el día 29 de noviembre de 2017 salió a las 8.30, el día 16 de diciembre del mismo año a las 11:01 y el día 14 de febrero de 2018 salió a las 14:30. Junto con ello, cabe agregar que el escrito de protección indica que incluso hubo días en que no se realizó dicho traslado, sin embargo no hay antecedentes oficiales suficientes para verificar ello.

- *Alegaciones:*

El recurrente alega que existe un acto arbitrario e ilegal, consistente en el actuar omisivo de la Dirección Nacional de Gendarmería, toda vez que ella no provee de un número suficiente de ambulancias (solo una para un Centro de población penitenciaria numerosa), lo cual dificulta enormemente el traslado que se debe realizar en casos urgentes o cuando se requiera asistencia de gravedad que no puede ser suministrada por el penal, tal como lo señala el artículo 35 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Cabe señalar que la parte recurrente interpone el recurso en contra de la Dirección Nacional de Gendarmería y no en contra del Centro Penitenciario en que cumple condena el interno, toda

vez que los funcionarios del recinto han intentado cumplir con el traslado del interno, pero la poca cantidad de recursos, que debieran ser suministrados por la Dirección Nacional, son los que impiden la realización buena y oportuna del traslado.

En base a ello, el recurrente plantea que existe una vulneración al derecho a la vida no solo de Juan Silva en particular, sino también constituye una amenaza a la vida de todos los internos del penal, que se sustenta en las actuaciones omisivas ilegales y en la discriminación antojadiza por parte de la Dirección Nacional de Gendarmería.

La Corte de Apelaciones, rechazó el recurso principalmente porque consideró que el Jefe del Penal “no podía estar obligado a lo imposible”, debido a que el número de riñas dentro del establecimiento y la sobrepoblación, hacen prácticamente imposible el oportuno traslado, de modo que el deber de atención médica no fue vulnerado, porque se hizo todo lo posible para cumplirlo. Frente a esta sentencia, se dedujo recurso de apelación.

- *Decisión y normativa aplicada:*

El principal conflicto jurídico que se ventila es sobre si el deber de atención médica, garantizado en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, solo implica una obligación de medio, en el sentido que basta con solo hacer todo lo posible para dar el debido traslado cuando hay situaciones urgentes, o si también dicho deber implica no solo una obligación de medio, sino también una actuación activa por parte de la Dirección Nacional de Gendarmería, referente a proveer de todas las condiciones materiales para que se cumpla de la mejor forma el deber de atención médica.

Para el Tribunal de primera instancia, el alcance de dicho deber está en hacer todo lo posible para garantizar la atención médica, de modo que cuando ello es imposible por circunstancias externas no hay incumplimiento. Sin embargo, para la Corte Suprema ello no es así, porque el deber de atención médica también necesita, para ser cumplido, ser oportuno, de acuerdo al considerando quinto del fallo en comento.

En este sentido, si para haber sido oportuno el traslado se requirieron más vehículos para el transporte de internos, es necesario, tal como señala la Corte, “adoptar todas las medidas que sean pertinentes a fin de dar oportuno y estricto cumplimiento” (C. 5). Por ello entonces, el deber de atención médica se extiende también a la obligación de la Dirección Nacional de Gendarmería de

proveer todas las condiciones materiales para que se cumpla de la mejor forma el deber de atención médica.

iii) Análisis

- *Tipo de caso:*

El presente caso corresponde a uno difícil, toda vez que lo que se ventila aquí es una indeterminación de la ley. Dicha indeterminación es ostensible en razón a que el conflicto que existe es sobre cuál es el alcance del deber de atención médica dispuesto en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Frente a este conflicto surgen dos opciones de deliberación. La primera es leer las disposiciones referentes al deber de atención médica de forma literal, siendo la extensión de sus palabras suficientes para el cumplimiento de la obligación, y la segunda forma de deliberación implica una interpretación sistemática y lógica de las disposiciones atinentes al deber. Esta última forma de deliberar fue la que utilizó la Corte Suprema, pues en base al derecho a la vida y la integridad, indicó que no es suficiente el cumplimiento de las formalidades expresas que contiene la normativa referente a la atención médica dentro de un Establecimiento Penitenciario, sino que además se deben proveer todas las medidas necesarias para que se cumpla de forma debida, y sin pasar a llevar el derecho a la vida, el deber de atención médica.

- *Parrhesía:*

El caso propuesto, además de ser uno difícil, es uno que contiene enunciados parrhesiásticos. Estos enunciados son ostensibles, en primer lugar, porque se cumple conjuntamente con la condición de veracidad y se denuncia una injusticia. Esto último se debe a que existe correspondencia entre lo que el juzgador piensa y lo que hace, toda vez que este asume un compromiso con la protección del derecho a la vida. Este compromiso está fundamentalmente en acoger el recurso, revocando el fallo de alzada.

Junto con ello, la convicción por la defensa del derecho a la vida es evidente debido a que el fallo reconoce que el cumplimiento del deber de atención médica consiste en tomar todas las medidas necesarias para no poner en riesgo la integridad. En este sentido, la sentencia denuncia la situación injusta vivida por Juan Silva, en tanto este no recibió la debida atención que merecía dada su enfermedad y, junto con ello, es posible colegir la denuncia a la condición vulnerable de todos los internos del penal, los cuales en caso de sufrir un daño o enfermedad grave corren el

riesgo de no ser atendidos oportunamente por la prácticamente nula disponibilidad de vehículos – solo 1– para el traslado a un hospital, en circunstancias donde las riñas pululan dada una población penitenciaria alta. En este sentido, la constitución de la verdad del juez está motivada fuertemente por los hechos del caso, que remarcan la situación de sobrepoblación y vulnerabilidad, que no solo el interno en cuestión padece, sino que también toda la población penal sufre.

Además de esto, y en segundo lugar, existe parrhesía en la sentencia ya que la condición de moralidad y la búsqueda de atribución de responsabilidad para evitar el daño son cumplidas. Esto se debe a que para la Corte resulta indispensable tomar medidas frente a la situación vulnerable y riesgosa en que se encuentra el interno, razón por la cual en la parte resolutive ordena dar estricto y oportuno tratamiento médico al interno, tomándose para ello todas las medidas que resulten pertinentes. Cabe señalar que no solo se reconoce la denuncia ante una situación injusta, sino que también se busca poner fin a ésta en base al llamado de atención a la Dirección Nacional de Gendarmería, la cual dada su omisión cometió un daño y un riesgo que debe finalizar.

Junto con ello, la Corte también asume un riesgo indeterminado, toda vez que extiende el campo causal de la vulneración al interno. Esta extensión del campo causal se explica en razón a que se propone que no solo se debe actuar con el máximo de diligencia para cumplir con el deber de atención médica, sino que también es necesario proveer todas las condiciones materiales para su cumplimiento, de modo que si se omite un elemento material indispensable, como lo es un vehículo para el traslado de un enfermo crónico, ello también da motivo para plantear un incumplimiento al deber de atención médica y, con esto, al derecho a la vida e integridad. Ahora, la amplitud del campo causal vislumbra el coraje del juzgador, en tanto asume una interpretación que puede ser criticada porque puede dar cabida a que cualquier omisión permitiría plantear un incumplimiento, además de entrometerse en asuntos propios de la administración acerca de cómo redistribuir recursos escasos.

- *Comentarios Finales:*

Esta sentencia es destacable por tres motivos. En primer lugar, porque demuestra que la vida es un bien jurídico superior y de carácter absoluto, que no se relativiza por las características de la persona. Esto es relevante, sobre todo porque el caso en comento trata de un condenado a una pena aflictiva, de modo tal que pudieran formarse ciertos prejuicios, jurídicamente

irrazonables pero fácticamente posibles, acerca del merecimiento del interno a tener una atención médica íntegra, oportuna y suficiente. En este sentido, el fallo deja demostrado que cuando a través de los hechos se demuestra que está en riesgo la vida y la integridad de una persona, lo debido es tomar todas las medidas necesarias para acabar con el riesgo. En segundo lugar, el fallo en comento se destaca, porque permite observar que también puede haber parrhesía allí donde hay indeterminación legal. Finalmente, el caso analizado es interesante debido a que plantea una forma en base a la cual se puede solucionar algunas de las muchas omisiones y vulneraciones que ocurren en los recintos penitenciarios.

c) Caso “Medicamento para la Atrofia Muscular Espinal”.

i) Antecedentes

- *Fecha:* 06/10/2018
- *Rol:* 17043-2018
- *Ministros en sala:* Carlos Aránguiz, Arturo Prado, Ángela Vivanco, Jean Pierre Matus y Leonor Etcheberry.
- *Ministro redactor:* Jean Pierre Matus
- *Voto de mayoría:* Carlos Aránguiz, Ángela Vivanco, Jean Pierre Matus y Leonor Etcheberry.
- *Voto de minoría:* Arturo Prado

ii) Resumen

- *Hechos:*

Daniela Díaz Hernández interpone acción de protección en favor de su hijo menor de un año quien fue diagnosticado con Atrofia Muscular Espinal (AME) Tipo 1, con el objeto de que el Ministerio de Salud, el Fondo Nacional de Salud (FONASA) y el Servicio de Salud Concepción proporcionen el medicamento necesario para la sobrevivencia de su hijo.

El recurso se fundamenta en que, el recién nacido, para sobrevivir a su enfermedad, requiere de un medicamento sumamente caro, el cual, según los recurridos, no puede ser costeadado por sus fondos, pues estos son limitados y se requiere de una política pública para ello. Además, se señala que la enfermedad del infante no está contemplada en la Ley N° 20.850.

En primera instancia la acción fue desestimada por considerar principalmente que los recursos del Estado son limitados. Junto con ello, respalda ese argumento citando normativa

atingente al caso (Ley N° 19.966, y N° 20.850). Por la anterior, la parte recurrente interpone recurso de apelación.

- *Alegaciones:*

El principal argumento del recurso se funda en que hubo un acto arbitrario e ilegal, el cual vulnera el derecho a la vida del hijo de la parte recurrente, siendo esta circunstancia no debidamente considerada por el fallo de primera instancia. Asimismo, se acusa vulneración a la igualdad ante la ley, pues la actora no posee los suficientes recursos para costear el medicamento.

Por otra parte, de acuerdo al informe emitido por los acusados de vulneración a las garantías constitucionales, no se pasa a llevar el derecho a la vida, sino que simplemente se aplican las disposiciones legales pertinentes que no contemplan el medicamento requerido por la solicitante como uno que está cubierto por los fondos estatales.

- *Decisión y normativa aplicada:*

El principal conflicto es sobre si el elemento económico debe ser uno a considerar en decisiones de este tipo por parte de la administración, en donde se juega la vida de una persona. En este sentido la Corte señala que, si bien dicho elemento es importante en las deliberaciones que toman los organismos públicos, este pierde preponderancia en situaciones directamente relacionadas con el resguardo de la vida, pues la vida de una persona constituye un bien jurídico superior, de acuerdo al considerando octavo de la sentencia.

Así, el tribunal considera que hubo un acto arbitrario, ya que no se le concedió financiamiento por el medicamento de forma antojadiza y sin mayor fundamento, lo cual constituye una vulneración directa al derecho a la vida del menor.

iii) Análisis

- *Tipo de caso:*

El caso en comento corresponde a un caso difícil toda vez que hay allí una impropiedad legal. Dicha impropiedad es ostensible en razón a que, si bien existe normativa exegéticamente aplicable a la circunstancia en concreto, la aplicación literal resulta injusta. En este sentido, el fallo analizado puede ser resuelto de dos formas. Por una parte, se puede aplicar la Ley N°19.966 y la 20.850 de forma literal, dejando de lado el derecho a la vida del menor en riesgo y, por otra, se

puede exceptuar dicha aplicación en base a proteger un bien jurídico más importante e indisponible como lo es la vida.

- *Parrhesía:*

El caso propuesto, además de ser uno difícil, es uno que contiene enunciados parrhesiásticos. Estos enunciados son ostensibles, en primer lugar, porque se cumple conjuntamente con la condición de veracidad y se denuncia una injusticia. Esto último se debe a que existe correspondencia entre lo que el juzgador piensa y lo que hace, pues el adjudicador asume un compromiso con la protección del derecho a la vida. Este compromiso es evidenciable principalmente porque coloca al derecho a la vida por sobre la discrecionalidad de la administración de distribuir los fondos públicos. Esto lo vemos en el considerando octavo de la sentencia, en el cual se señala que:

[S]i bien es cierto las consideraciones de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos.

Junto con ello, la constitución de la verdad que los sentenciadores toman es ostensible dado los hechos del caso. Ello debido a que no es neutro que el afectado, primero, sea un recién nacido de menos de un año; segundo, que tiene una enfermedad extraña y compleja; tercero, que el medicamento que necesita es uno exclusivo y que existe documentación médica que lo acredita; cuarto, que la familia no tiene la condición económica para costear dicho medicamento y, quinto, que se trata de una persona que está en riesgo vital y que su única posibilidad de vivir es gracias a la compra de ese medicamento. Todos estos hechos predisponen al juez a constituirse en base a una verdad que lo lleva a decidir en pos del derecho a la vida, tal como lo indica el considerando noveno¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Considerando 9º: “Que en el indicado contexto, la decisión de la parte recurrida consistente en la negativa a proporcionar al hijo de la recurrente aquel fármaco, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que lo aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia del menor C.A.F.D., así como para su integridad física, considerando que la Atrofia Muscular Espinal tipo I que sufre es una enfermedad frecuentemente mortal, que produce la pérdida progresiva del movimiento muscular, y que la administración de la droga tantas veces citada ha sido estimada como esencial para la vida del niño, como surge de los antecedentes agregados a la causa”.

De lo anterior se desprende, además, que el Tribunal reconoce un daño latente a la vida del menor. Ahora, dicho reconocimiento de lesión no solo se debe a que se vulnera en abstracto el derecho a la vida, habiendo una injusticia en términos formales, sino que también, se remarca que de hecho se genera un daño, el cual es advertido y corroborado por el equipo médico. Ello es claro en el considerando decimoquinto en donde se esgrime que: “habiendo arribado estos sentenciadores a la convicción de que la decisión impugnada en autos infiere un daño grave y significativo al hijo de la actora, en tanto pone en riesgo su derecho a la vida”. Por consiguiente, hay un discurso de imprecación, de denuncia del daño que está sufriendo un menor.

Asimismo, y en segundo lugar, existe parrhesía en la sentencia ya que la condición de moralidad y la búsqueda de atribución de responsabilidad para evitar el daño son cumplidas en el fallo. Esto se debe a que para la Corte resulta indispensable tomar medidas frente a este daño, aun cuando ello implique no aplicar regulación específica atingente al caso. De ello se sigue que la Corte asume el riesgo de no seguir la literalidad de la ley para así dar justicia material al caso concreto. Esto queda más claro en el considerando octavo que ya fue citado.

Además de ello, la Corte toma el riesgo de decidir e influir en los criterios de políticas públicas referidas a la salud, particularmente al financiamiento de medicamentos. Frente a esto la Corte es consciente, pues en el considerando decimotercero señala:

[E]s preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal. Por el contrario, la Corte Suprema se limita, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, a disponer la adopción de aquellas providencias necesarias, a su juicio, para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental.

Desde esta perspectiva, la Corte es consciente de las repercusiones que puede tener su decisión, razón por la cual intenta delimitar que no pretende influir en la política pública, sin embargo, a pesar de las autolimitaciones que la Corte señala, es claro que igualmente hay un impacto. Ello debido a que la razón por la cual estos casos llegan a la justicia no es sino porque el sistema no da mayor abasto. En este sentido, la Corte asume un riesgo adicional que está ligado por una parte con la actuación dentro de su función jurisdiccional (y no ejecutiva) y también con la opinión pública, pues si bien protege el derecho a la vida del menor, con el mayor gasto que ello

implica se puede dejar sin la debida protección a otros pacientes, vulnerándose el derecho a la vida de estos últimos.

Finalmente señalar que se busca atribuir justicia en tanto se señala, en las consideraciones finales, que “los recurridos deberán realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como Spinraza o Nusinersen, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto que se inicie en el más breve tiempo el tratamiento del indicado menor con este medicamento”.

- *Comentarios Finales:*

Resulta interesante que la mayoría de casos vistos en la Corte Suprema, y que se refieren a la vulneración del derecho a la vida, en general son acogidos por la mayoría de los ministros o incluso unánimemente, aunque exista normativa clara atingente al caso. También es importante destacar que la posición de la Corte no solo consiste en anular el acto vulneratorio que pone en riesgo a la vida, sino que también tomar medidas para poner fin al daño. Por estas razones, más las analizadas en los párrafos predecesores, es que uno podría afirmar que allí donde, a partir de los hechos y su la ordenación, se logra transmitir que corre riesgo la vida, el decir veraz del adjudicador logra denunciar el daño y ponerle fin, en vista de lo moralmente complejas que son estas situaciones en donde lo que se debate es el vivir, o el mejor vivir, de una persona.

Junto con ello, cabe señalar que este caso es destacable toda vez que, si bien se suma a la tendencia jurisprudencial que ha llevado la Corte frente a casos de medicamentos costosos¹⁸⁵, este es particularmente llamativo porque la Corte se hace cargo de la repercusión de su decisión en la política pública de salud. Ello debido a que el Tribunal afirma directamente que lo que hace la jurisdicción no es generar criterios, sino solo actuar conforme a la Constitución, sin embargo, este argumento es debatible, mas aquí no es el lugar para ahondar en dicha afirmación.

2.2 Sentencias relacionadas a la igualdad ante la ley e igual derecho al ejercicio de derechos

a) Caso “Blue Ocean Sea Food S.A. con Subsecretario de pesca y Comisión de Adjudicación de la Subasta de los Permisos Extraordinarios de Pesca del bacalao”

i) Antecedentes

¹⁸⁵ Corte Suprema, Rol N° 8.523-2018, “Daniel Vera con Ministerio de Salud”, 19 de junio de 2018.

- *Fecha:* 13/09/2017
- *Rol:* 5.055-2017
- *Ministros en sala:* Sergio Muñoz, Rosa Egnem, María Eugenia Sandoval, Manuel Valderrama y el abogado integrante Sergio Quintanilla.
- *Ministro redactor:* Manuel Valderrama.
- *Voto de mayoría:* Sergio Muñoz, Rosa Egnem, María Eugenia Sandoval, Manuel Valderrama y el abogado integrante Sergio Quintanilla.
- *Voto de minoría:* No hubo.

ii) Resumen

- *Hechos:*

La empresa Blue Ocean Sea Food S. A., en primera instancia, deduce recurso de protección en contra de la Subsecretaría de Pesca y Agricultura y la Comisión de Adjudicación de la Subasta de los Permisos Extraordinarios de Pesca del bacalao de profundidad.

El recurso se basa en que, con fecha 18 de noviembre de 2016, la Subsecretaría de Pesca aprobó las Bases Administrativas de Permisos Extraordinarios de Pesca del Recurso de Bacalao de Profundidad, disponiéndose que la subasta se realizaría el 15 de diciembre de 2016. Junto con ello, se agrega que en la subasta se dispondría un 5% de la cuota global de captura para el sector industrial y de un 5% para el artesanal, efectuándose ello en 2 actos principiando el sector industrial. También se señaló en las Bases la cuota correspondiente al año 2017 y la división de las cuotas del sector industrial.

Con fecha 15 de diciembre se realizó la subasta, en la cual dos de las cuotas de la fracción industrial fueron adjudicadas a la empresa Alimex S.A., una tercera a Pesquera Santa Isabel, correspondiente al sector artesanal y una cuarta a José Aravena Silva.

- *Alegaciones:*

El recurso interpuesto se fundamenta, principalmente, en la licitación que realizó la Subsecretaría de Pesca de los Permisos Extraordinarios de Pesca, pues se alude por parte de la recurrente que dicho procedimiento fue arbitrario e ilegal. La arbitrariedad se basa en que hubo una discriminación antojadiza y las ilegalidades se fundan en los artículos 39° y 40° de la Ley N°

18.892; en el 15° transitorio de la Ley N°20.657 y en el artículo 7° del DS N° 97 de 1996, del Ministerio de Economía.

Las infracciones a la normativa nombrada se evidencian en los siguientes hechos, de acuerdo a la recurrente. Primero, que la subasta se desarrolló en dos actos distintos, lo cual es irregular porque las bases obligaban a hacer la subasta en un solo acto. Segundo, no se respetó los porcentajes asignados por la ley a cada sector, porque se adjudicó un porcentaje del sector pesquero industrial al sector artesanal. Tercero, se modificó la forma de ofertas y, cuarto, se aceptó y adjudicó a ofertas cuyo vale vista de garantía no cumplió con las bases al no estar al nombre de la Subsecretaría de Pesca.

Frente a estas ilegalidades, la recurrente plantea que se vulnera su derecho de propiedad, en tanto se priva, perturba y amenaza su derecho a la adjudicación de un porcentaje de lo licitado en la subasta, afectando ello su patrimonio. Asimismo, plantea que se le vulnera su derecho a la igualdad ante la ley porque recibió un trato desigual y discriminatorio que la dejó en una situación de desventaja en tanto oferente.

La Corte de Apelaciones en primera instancia decide acoger el recurso en base a la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, porque el acto fue irregular, ya que afectó la normativa señalada, y porque fue arbitrario, toda vez que implicó una discriminación infundada, adjudicándole una parte correspondiente al sector industrial al sector artesanal. Esta decisión es luego apelada y conocida por la Corte Suprema.

- *Decisión y normativa aplicada:*

El principal conflicto jurídico que aquí se ventila trata sobre si es aplicable o no la normativa señalada por la recurrente, lo cual es desestimado por la Corte Suprema, pues ésta, recurriendo a la historia de las modificaciones de Ley General de Pesca, señala que lo que se pretendió con dichos cambios fue beneficiar al sector artesanal, atendiendo a sus demandas históricas principalmente enfocadas a ser partícipes de las cuotas globales de captura en las licitaciones. En este sentido, este Tribunal manifiesta que el sentido que el legislador buscó darle a la normativa, referente a las adjudicaciones de cuotas de pesca, es uno en favor de los pescadores artesanales quienes han sido “otrora postergados por la exclusividad dada a los industriales, en base a criterios de conveniencia y oportunidad política” (C. 9), razón por la cual el sector artesanal es uno históricamente relegado en la normativa atingente a la pesca.

Desde esta perspectiva, la Corte rechaza, primero, la vulneración al derecho de propiedad alegado en el recurso, señalando que “el dominio sobre los recursos hidrobiológicos de los que se había visto privada la empresa reclamante solo podría considerarse concurrente mediante la materialización de la captura, resultando insuficiente la sola organización de las actividades materiales dirigidas a su ejecución” (C. 14). Junto con ello, contrariando la sentencia de primera instancia, rechaza la vulneración al derecho a la igualdad ante la ley, fundamentalmente en base a que, de acuerdo a la discusión legislativa, el sector artesanal puede participar en las cuotas globales del sector industrial¹⁸⁶.

iii) Análisis

• *Tipo de caso:*

El caso descrito corresponde a un caso difícil, pues lo que el adjudicador identifica es una impropiedad de la ley. Dicha impropiedad está en que el juez, luego de un análisis y transcripción de la normativa atingente, señala que lo fundamental, más allá de la letra de la reglamentación, es el sentido de la ley, el cual fue determinado claramente por el legislador. Desde esta perspectiva, el juez lo que realiza no es una interpretación exegética o noética de la ley (o un procedimiento de exclusión interno del discurso a modo de comentario), sino que busca el espíritu de la ley entrañado en la historia de la normatividad. Por lo mismo, su interpretación es dianoética (o en base a un procedimiento de exclusión interno a modo de disciplina), coligiendo que el objeto del legislador fue favorecer a los pescadores artesanales, de modo tal que no respetar las Bases de la licitación en donde se disponía que el 5% del sector industrial debía ser adjudicado por miembros del mismo sector industrial, no es ilegal, ni vulnera la igualdad, porque es justo que no se respete ello, ya que se quiso que el sector artesanal participara en las cuotas del sector industrial. O dicho de otra forma, respetar lo dispuesto en las Bases de la licitación iría en contra del sentido de las modificaciones a la Ley General de Pesca, generándose una situación injusta o impropia.

• *Parrhesía:*

Hay parrhesía toda vez que se cumple conjuntamente con la condición de veracidad vista en la denuncia a un hecho injusto y, asimismo, se cumple conjuntamente con la condición de moralidad y con la búsqueda de sacar de la injusticia el caso puesto a su conocimiento.

¹⁸⁶ Las alegaciones en cuanto al vale de garantía, a los dos actos y a la modificación de las ofertas son desestimados tanto en primera como en segunda instancia.

La condición de veracidad en la adjudicación es ostensible, primero, porque el juez juzgó el caso como uno difícil toda vez que interpretó de una forma distinta la normativa aplicable al caso. Esto es importante, sobre todo, porque el sentenciador decidió realizar un juzgamiento, en el sentido que no quiso subsumir el caso en normas exegéticamente aplicables, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que, la Corte Suprema, al decidir otras normas, abrió un espacio de discrecionalidad, en base al cual consideró más correcto apelar a la historia de la Ley de Pesca. Y es esa apelación a la historia a la Ley de Pesca la que hace ostensible la condición de veracidad, toda vez que la verdad allí contenida, y visibilizada, es la que constituyó al juez, y no la verdad inmediata que ofrece el discurso jurídico y que fue utilizada en la primera instancia.

Ello se observa claramente en el considerando noveno que señala que “fue el legislador quien decidió otorgar una diferenciación y compensación para un determinado sector (...) otrora postergado por la exclusividad dada a los industriales, en base a criterios de conveniencia y oportunidad política que lo llevaron a adoptar una específica fórmula normativa”. Desde esta perspectiva, entonces, el juzgamiento de los sentenciadores se basó en la historia de la ley.

Es relevante mencionar, además, que a partir de la verdad que constituyó a los jueces, se puede apreciar que en el caso hay injusticia, en tanto dicha injusticia no tiene que ver principalmente con la lesión a la normatividad, sino más bien dice relación con el perjuicio material que históricamente ha sufrido el sector artesanal. Así, entonces, se satisface la condición de veracidad y, en base a ella, la denuncia de un hecho injusto motivado por la histórica postergación del sector pesquero artesanal.

Por otra parte, la condición de moralidad también se cumple, en razón a que hay un riesgo indeterminado. Este se da, primero, por el hecho de realizar una interpretación más compleja que la simple aplicación literal de la ley, lo cual puede ser puesto en entredicho por la jurisprudencia, la doctrina y la sociedad. Segundo, porque hay una búsqueda de acabar con la injusticia, la cual se ve reflejada en el ímpetu del juez de hacer primar la historia de la ley, la cual gracias al razonamiento que contiene, permite que el sector artesanal participe en las cuotas asignadas al sector industrial. Esto es ostensible particularmente en los considerandos octavo¹⁸⁷ y noveno¹⁸⁸.

¹⁸⁷ “Que a modo de premisa, debe considerarse que toda decisión legislativa plasmada en normas generalmente obligatorias, presenta una cualidad de juridicidad y que fue el legislador quien decidió otorgar una diferenciación y mientras no se encuentre un desencuentro con los mandatos constitucionales, no cabe suponer su contrariedad con los principios que en la Carta Magna se cautelan, de modo que en el análisis que se efectúe, debe presumirse que al

Como último punto, en la condición de moralidad se evidencia el fin de justicia distributiva que se persigue. Lo anterior es observable en los considerandos ya mencionados pues, a través de ellos, la decisión, si bien queda dentro del marco legal, igualmente corresponde a una deliberación que tiene motivos que superan la legalidad, en el sentido que la Corte encontró más razonable aplicar el derecho que favorecía a los pescadores artesanales en vez de seguir el argumento que tuvo la Corte de Apelaciones. Así, mediante esta forma de juzgar, se acaba con la injusticia histórica hacia el sector artesanal. De esta manera entonces, la condición de moralidad y la atribución de responsabilidad para acabar con la situación injusta se ven satisfechas.

- *Comentarios finales:*

La sentencia en comento, a pesar de ser una bastante reciente, contiene algunos enunciados parrhesiásticos como se analizó. Ello permite sostener que, aun cuando las circunstancias políticas ya no sean autoritarias (ellas favorecen la parrhesía como se analizó), las discusiones dogmáticas estén mucho más a la vanguardia y, aun cuando, haya mayor especialización, se siguen generando estos enunciados, pues el contexto de caso difícil, particularmente el de impropiedad, ayudan a que el juez pueda asomar sus razones más allá de la legalidad, que, en definitiva, son las razones que determinan un caso como este.

Por otra parte, cabe señalar que la principal vulneración sobre la cual se está discutiendo es a la del derecho a la igualdad ante la ley, la cual es finalmente desestimada en base a que el legislador quiso discriminar no arbitrariamente al sector industrial del pesquero, por las demandas históricas del primero. En este sentido, podría concluirse –muy anticipadamente– que el derecho a la igualdad puede verse sobrepasado cuando, en pos de una justicia distributiva, busque dársele ventajas a una determinada parte, siendo este el principal argumento por el cual habría parrhesía.

b) Caso “Municipalidad de Antofagasta con Contraloría Regional”

i) Antecedentes

- *Fecha:* 20/09/2017
- *Rol:* 16.660-2017

momento de debatirse su establecimiento en un texto escrito, fueron observados los valores, principios y normas de superior consideración contenidos en la Constitución”.

¹⁸⁸ “[L]a reflexión de los legisladores tiene una reflexión política y técnica, respecto de la cual se debe ser deferente, en particular, por la Administración al momento de la implementación de las disposiciones que mandatan una determinada actuación”.

- *Ministros en sala:* Rosa Egnem, María Eugenia Sandoval, Carlos Aránguiz, Manuel Valderrama y Arturo Prado.
- *Ministro redactor:* Manuel Valderrama.
- *Voto de mayoría:* Rosa Egnem, María Eugenia Sandoval, Carlos Aránguiz, Manuel Valderrama y Arturo Prado.
- *Voto de minoría:* No hubo.

ii) Resumen

- *Hechos:*

Recorre de protección Cristhian Flores Alvarado, en representación de la Municipalidad de Antofagasta, en contra de la Contraloría Regional de la Segunda Región, en razón de haber incurrido en un acto que estima ilegal y arbitrario consistente en la dictación del Oficio N°918, mediante el cual se le comunicó la negativa a acceder a dos solicitudes que hiciera de entrega de copias íntegras de las investigaciones especiales y de los antecedentes que fundaron dos pre-informes evacuados por la recurrida, N°s 684 y 816, de fecha 10 y 17 de febrero del presente año, por irregularidades en la contratación de asesorías comunicacionales y de servicios en la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta, a los que otorgó el carácter de reservado y en los que se le ordenaba aportar determinados antecedentes dentro de cierto plazo.

- *Alegaciones:*

Los recurrentes alegan que el argumento dado para no hacer lugar a la petición formulada, mediante la cual buscaba la obtención de copia íntegra de la investigación especial y de los antecedentes fundantes de ambos pre-informes, se sostiene en los artículos 5° y 21 N°1 letra b) de la Ley N°20.285, cuestión que los recurrentes consideran ilegal y arbitraria, puesto que se le impide evacuar el informe ordenado por la recurrida, creyendo vulnerada la garantía de igualdad ante la ley y el principio de publicidad de los actos de la administración, establecida, la primera, en el artículo 19 N°2 de la Constitución y, el segundo, en su artículo 8° inciso segundo en relación con los artículos 3°, 16, 18 y 21 de la Ley N°19.880, creyendo improcedente la reserva que se ordenó por el Contralor al citar en sus argumentos la Ley para la Transparencia. En este análisis, solo mencionaremos las cuestiones referidas a la igualdad ante la ley.

En cuanto al informe de la Contraloría, éste rechaza las vulneraciones acusadas y señala que la solicitud fue sobre información relativa a antecedentes que forman parte de un proceso de fiscalización en desarrollo cuyos elementos conformantes no son públicos, según lo establecido en el artículo 5° de la Ley sobre Transparencia. Explica que tales antecedentes indagatorios comenzaron a raíz de tres presentaciones hechas por el ex concejal de la comuna, por supuestas irregularidades o ilegalidades ocurridas en la Corporación Municipal de Desarrollo Social, quien denunció la contratación de la mantención de sillones dentales de una empresa cuyo propietario es cónyuge de una hermana de la alcaldesa, a quien, por detentar dicho cargo público, le corresponde ejercer la presidencia de su directorio. Además, imputó una supuesta triangulación dineraria a fin de contratar asesorías comunicacionales en exclusivo beneficio y favorecimiento de la edil, en cuanto al fondo.

Frente a estas alegaciones, en primera instancia, se decide rechazar el recurso, principalmente en razón a que se descarta vulneración al principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, este fallo es apelado y luego conocido por la Corte Suprema.

- *Decisión y normativa aplicada:*

El principal conflicto jurídico que se ventila en este caso es sobre si la negativa de la Contraloría Regional de entregar los antecedentes íntegros de dos procesos de investigación que lleva adelante, constituye un acto ilegal y arbitrario que vulnera la garantía de igualdad ante la ley, al ser los pre informes entregados insuficientes para evacuar la presentación que le fuera requerida. Frente a este conflicto, los sentenciadores, por unanimidad, decidieron rechazar la vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, fundamentalmente basados en que el artículo 21 N°5 de la Ley de Transparencia permite a la Contraloría denegar el acceso a dicha información. En este sentido no hay ilegalidad en el acto de la Contraloría. Junto con ello, el acto de esta institución tampoco fue arbitrario en razón a que, de un análisis exhaustivo del principio de igualdad ante la ley, a juicio de los sentenciadores, es posible desprender que no hubo acto que discriminara antojadizamente.

iii) Análisis

- *Tipo de caso:*

El presente fallo corresponde a un caso difícil, toda vez que existe una indeterminación. Dicha indeterminación se afirma en tanto el principal problema planteado es sobre si la negativa de la Contraloría Regional de entregar los antecedentes íntegros de dos procesos de investigación que lleva adelante, constituye un acto ilegal que vulnera la garantía de igualdad ante la ley, al ser los pre informes entregados insuficientes para evacuar la presentación que le fuera requerida. Frente a esto, el conflicto planteado por la recurrente se cimienta en si el artículo 21 N°5 de la Ley de Transparencia permite o no denegar esa información.

- *Parrhesía:*

Pasando el filtro del caso difícil, es necesario ahora ver si se cumplen con los requisitos de la parrhesía. En primer lugar, cabe señalar que no se cumple con el requisito de veracidad, toda vez que no hay un planteamiento en la sentencia que permita sostener que los juzgadores identificaron una injusticia, sino más bien identificaron una denegación lícita, o dicho en otros términos, una discriminación permitida por la ley. Junto con ello, no se cumple con el requisito de la veracidad, debido a que no se crea una verdad alterna a la que otorga el derecho que haya constituido al juez y lo haya motivado a su deliberación. Al contrario, en base al discurso jurídico, y siguiendo su verdad, deliberó sin necesidad de remitirse a otros elementos extrajurídicos. Así, entonces, no se satisface la condición de veracidad observada por un tercero.

No pasando la condición de veracidad, ni cumpliendo con la denuncia de una injusticia material, resulta irrelevante ver si se cumplen las otras condiciones.

- *Comentarios Finales:*

El propósito de colocar fallos que sí son casos difíciles, pero que no corresponden a actuaciones parrhesiásticas de un juez, se debe a que es de interés mostrar el rol protagónico que juega la justicia en sentido material dentro del decir veraz judicial y la construcción de una verdad alterna a la del discurso jurídico que permita hacer real la justicia material.

En este sentido, es relevante distinguir si el juez ve alguna injusticia digna de ser imprecada y si decide en base a argumentos distintos a la mera normatividad, lo cual aquí no se observa porque la deliberación se fundamenta en la aplicación a modo de comentario del discurso del derecho y también a modo de doctrina (cuando se hace referencia al sentido y alcance en la sentencia al principio de igualdad ante la ley).

Junto con ello, es importante destacar este caso debido a que permite observar que los temas relacionados a la igualdad ante la ley, a diferencia de los temas relacionados con la vida, dependen de la construcción que se realiza del caso para hacer evidente y perentoria la necesidad de aplicar justicia inmediata. Por lo mismo, en los casos relacionados con el tópico en comento, resulta crucial ver directamente la narración que se hace de la situación y la identidad de las partes.

c) Caso “Bernardo Castillo y otra contra Servicio de Registro Civil e Identificación”

i) Antecedentes

- *Fecha:* 12/07/2018
- *Rol:* 12.130-2018
- *Ministros en sala:* Sergio Muñoz, María Eugenia Sandoval, Andrea Muñoz, Carlos Cerda y Arturo Prado.
- *Ministro redactor:* Sergio Muñoz.
- *Voto de mayoría:* Sergio Muñoz, Andrea Muñoz y Carlos Cerda.
- *Voto de minoría:* María Eugenia Sandoval y Arturo Prado.

ii) Resumen

- *Hechos:*

Bernardo Castillo, de nacionalidad dominicana, y Jessica Toro, de nacionalidad chilena, dedujeron recurso de protección en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación. Este se funda en que, con fecha 23 de marzo de 2018, se les negó la solicitud de hora para la celebración de matrimonio. Dicha negativa se debió a la situación migratoria irregular de Bernardo Castillo.

- *Alegaciones:*

El recurso plantea que la negación dada por la institución es arbitraria e ilegal, ya que menoscaba la igualdad ante la ley y el derecho a la honra y vida privada, consagrados en la Constitución Política de la República.

Por otra parte, el informe del Registro Civil desestima dichas vulneraciones, amparándose en que los artículos 52, 53, 69 y 76 del DL N° 1.094 del Ministerio del Interior; 5 y 108 del DS N° 597 de 1984 de la misma cartera; 4, 5, 6, 7, 8, 80 y 81 de la Ley N° 19.947 y los artículos 14 y 102 del Código Civil, facultaban la negación a la solicitud.

- *Decisión y normativa aplicada:*

El principal conflicto jurídico que se ventila aquí es sobre si la normativa señalada por el Registro Civil es aplicable o no para el caso en concreto. De acuerdo al razonamiento mayoritario de la Corte Suprema, dicha normativa no resulta aplicable exegéticamente, toda vez que, de acuerdo a la historia fidedigna del artículo 5° de la Constitución Política, se establece que la soberanía del Estado de Chile “reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos” (C. 3). En base a esta argumentación es que los juzgadores hacen aplicables los Tratados Internacionales a los cuales está suscrito Chile y se encuentran vigentes. Así se cita, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto su artículo 17° promueve la protección a la familia y el derecho a contraer matrimonio.

Desde esta perspectiva, la Corte Suprema, atribuyéndose la competencia de derogar una norma legal por una disposición constitucional posterior (en base a su sujeción a la Constitución amparada en los artículos 6° y 7° de la Constitución), determina que no es aplicable el artículo 76 del DL 1.094 antes nombrado, que exige a toda institución comprobar la residencia legal y la habilitación para ejecutar cualquier acto o contrato de los extranjeros que residen en Chile. Por lo mismo, el Tribunal decide que no es necesario comprobar la residencia legal ni la habilitación antes nombrada para contraer matrimonio, por ser la celebración del matrimonio un derecho que emana de la naturaleza humana.

iii) Análisis

- *Tipo de caso:*

El caso en comento corresponde a un caso difícil toda vez que existe una impropiedad legal. Dicha impropiedad se funda en que si bien la circunstancia en particular tiene una norma exegéticamente aplicable al caso, dicha aplicación resulta injusta para la situación en particular, de acuerdo al Supremo Tribunal, pues estaría privando a los recurrentes de derechos básicos como el de contraer matrimonio. En este sentido, el juzgador tuvo dos opciones de adjudicación, por una parte fallar en base a la aplicación literal de la normativa atingente, como ha sucedido en otras

ocasiones en donde ha surgido el mismo conflicto¹⁸⁹, o decidir en base a una interpretación fundada en la historia de la Constitución, en el criterio lógico y también en el criterio sistemático, tal como ocurrió en esta sentencia.

- *Parrhesía:*

Este caso sí puede consignarse como uno parrhesiástico. Ello, en primer lugar, porque se cumple con la condición de veracidad. Esta condición, como ya se ha analizado, implica la convicción de los sentenciadores, a través de las formas en que se expresan en la sentencia al momento de darle más peso a otros fundamentos que son distintos a los normativos. En este caso, estos otros fundamentos son principalmente el valor de la familia y la posibilidad que todo ser humano, por el hecho de ser tal, posee respecto a la celebración del matrimonio. Este valor por la familia es destacado ampliamente en el escrito de protección que interponen los recurrentes, lo cual lleva lógicamente a pensar que el escrito, con su narración, predispuso al juez a darle relevancia a estos fundamentos. En este sentido, el juzgador, apelando a Tratados Internacionales, sustenta el valor de constituir familia, e incluso plantea la opción de una derogación tácita en base a un mandato constitucional. Desde esta perspectiva, el juez constituye una verdad basada en la convicción del derecho a formar familia, lo cual determina, en definitiva su decisión judicial.

Junto con ello, también se cumple con la denuncia de un hecho injusto, pues en base a la verdad que constituye al juez, apreciable a través de las formas, éste observa una acción antojadiza y antijurídica por parte del órganos estatal, en tanto pasa a llevar un valor tan fundamental como es el derecho a formar familia y el consiguiente derecho fundamental referente a la celebración del matrimonio. En este sentido, el Registro Civil comete un hecho injusto, que el juez, mediante su decisión, busca solucionarlo.

En segundo lugar, también se cumple con la condición de moralidad, toda vez que se corren riesgos indeterminados. Estos se evidencian, primero en que el tribunal utiliza un razonamiento complejo que fácilmente puede ser puesto en duda por la doctrina, la opinión pública y la jurisprudencia. Esto último es destacable ya que existen fallos que siguen este

¹⁸⁹ Corte Suprema, Rol N° 19018-2017, “Héctor Manuel de Jesús Figueroa con Registro Civil”, 7 de agosto de 2017. En esta sentencia la Corte decidió revocar el fallo de primera instancia, que contenía un argumento similar al presentado por el voto de mayoría. En dicha sentencia, por lo mismo se privilegió la exégesis de la ley que faculta al Registro Civil a discriminar razonablemente. Como comentario adicional, cabe señalar que el voto de minoría siguió este razonamiento de aplicación literal de la ley.

razonamiento y otros que lo desechan, dependiendo ello fundamentalmente de la composición de la sala de la Corte Suprema¹⁹⁰. Como segundo punto, la condición de moralidad se hace visible con la atribución de competencia que se da a sí misma la Corte Suprema, en cuanto a la derogación de una normativa. Como bien resalta el voto de minoría ello es antijurídico, pues dicha atribución corresponde al Tribunal Constitucional y no a la Corte Suprema. Finalmente, se cumple con la condición debido a que se busca remediar la situación injusta planteada por la parte recurrente, ya que no solo se indica que la negación de la solicitud fue ilegal, sino que además se mandata al Registro Civil a permitir esta solicitud en particular (debido a que se confirma la sentencia de alzada¹⁹¹ que dispone expresamente esto).

- *Comentarios Finales:*

Este caso es interesante toda vez que la sentencia acepta que hubo vulneración a la igualdad ante la ley por una cuestión de justicia correctiva y no distributiva como ocurre en el caso anterior referido a las cuotas de pesca. Ello es relevante sobre todo porque en el fallo en comento la decisión del tribunal no puso importancia en las demandas históricas de la condición sobre la regularidad migratoria, ni tampoco observó a este grupo como uno desventajado en términos económicos, sino que el Tribunal se basó principalmente en considerar como arbitrarios los escollos normativos que existen en una práctica tan común como lo es el contraer matrimonio. De esto se sigue que, si en la sentencia anterior la parrhesía se basaba en no admitir la existencia de una discriminación antojadiza de la Subsecretaría, en base a que era justo hacer diferencias con grupos históricamente desventajados como lo es el sector pesquero artesanal, en este fallo la parrhesía se funda en ver una diferenciación irrazonable que atenta a prácticas que emanan de la naturaleza humana como lo es el matrimonio

Desde esta perspectiva, entonces, lo fundamental es distinguir que la parrhesía judicial no solo puede hacer redistribuciones para lograr un fin justo, sino que también puede basarse en

¹⁹⁰ Así por ejemplo, si en vez de haber estado el ministro Sergio Muñoz, hubiera estado Rosa Egnem, se hubiera revocado el fallo de primera instancia y desestimado el recurso, ya que dicha magistrada ha votado a favor del razonamiento exegético en este tipo de casos.

¹⁹¹ Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 2339-2018, “Bernardo Castillo y otra con Servicio Nacional de Registro Civil”, 15 de mayo de 2018. “Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, SE ACOGE, el recurso de protección deducido en lo principal de la presentación de fojas 1, por doña Jessica de las Mercedes Toro Silva y don Bernaldo Castillo Marte, en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación. En consecuencia, **se ordena a la recurrida, permitir y disponer la celebración del matrimonio solicitado por los recurrentes, si no existieren impedimentos y prohibiciones de aquellas contempladas en la Ley de Matrimonio Civil**” (Lo destacado es mío).

simples correcciones, es decir, en buscar la igualdad que fue rota, tal como ocurre en este caso con los escollos normativos mencionados que fundaron la negación a la solicitud por parte del Registro Civil a los recurrentes.

2.3 Sentencias relacionadas a la propiedad y la indemnización por expropiación

a) Caso “Elia Quintana y otros contra Servicio Agrícola y Ganadero”

i) Antecedentes

- *Fecha:* 23/01/2001
- *Rol:* 2.213-2000
- *Ministros en sala:* Ricardo Gálvez Blanco, Orlando Álvarez Hernández, Domingo Yurac. Soto, Manuel Daniel Argandoña, Franklin Geldres Aguilar.
- *Ministro redactor:* Manuel Daniel Argandoña.
- *Voto de mayoría:* Ricardo Gálvez Blanco, Orlando Álvarez Hernández, Domingo Yurac. Soto, Manuel Daniel Argandoña, Franklin Geldres Aguilar.
- *Voto de minoría:* No hubo.

ii) Resumen

- *Hechos:*

Doña Elia Quintana Olivares, con fecha 30 de octubre de 1996, dedujo demanda de indemnización de perjuicios en contra del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) buscando resarcimiento por los daños causados.

Dicha demanda se fundó en que la demandante era propietaria del predio llamado “Hijuela Cajón del Río Maipo”, dedicado al pastoreo estival de ganado, el cual, a causa de la plaga de enfermedades en animales, debió dejar de desarrollar su actividad por mandato del SAG. Ello afectó las temporadas de 1987 a 1992, razón por la cual no se pudo explotar el predio. Sin embargo, en razón de la Ley N° 18.755 (dictada en 1989), la demandante recibió indemnización por los periodos posteriores a la dictación de esta ley.

- *Alegaciones:*

La demanda se funda en que los montos y los periodos comprendidos en la indemnización dada por el SAG fueron insuficientes y no comprendieron todos los años de prohibición de

explotación. Por lo mismo, se le obligó soportar a la parte demandante una carga excesivamente alta sin recibir la indemnización debida.

Esta demanda fue acogida en primera instancia, sin embargo, la Corte de Apelaciones revocó parte de este falló, desestimando que la demandante pudiera recibir indemnización por los años previos a la dictación de la Ley N°18.755. En todo caso, en lo referente a los años posteriores a las dictación de dicha Ley, la Corte de Apelaciones compartió el razonamiento de la primera instancia.

No conforme con dicha sentencia, Elia Quintana y otros interponen un recurso de casación en el fondo, alegando la infracción a los artículos 19 N° 20, 19 N° 24 y 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República, 7° letra j) de la Ley N° 18.755, 44° de la Ley N° 18.575 (hoy artículo 42°) y 19° del Código Civil. Basándose, fundamentalmente, en que se le limitó su uso y goce del dominio, al prohibírsele la principal actividad que realizaba en el predio. En este sentido, la demandante plantea que no hubo una justa distribución de las cargas públicas.

- *Decisión y normativa aplicada:*

El principal conflicto jurídico propuesto es sobre si el Estado se encuentra obligado a pagar una indemnización de perjuicios cuando no hay norma expresa que permita dicha reparación¹⁹², toda vez que previo a la Ley N° 15.755 no estaba regulada la indemnización otorgada por el SAG.

Frente a este conflicto, la Corte Suprema determinó que, aun cuando no haya regla expresa para el pago de indemnizaciones, el Estado debe ser responsable en pagarlas, ello fundamentado en los artículos 19 N° 20 y 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República y 44° de la Ley N° 18.575. Por lo anterior la Corte señala que procede la indemnización previa a la dictación de la Ley N° 18.755, de modo que se acepta el recurso deducido.

iii) Análisis

- *Tipo de caso:*

La sentencia en comento corresponde a un caso difícil, toda vez que lo que se identifica es una indeterminación legal. Dicha indeterminación es observable en razón a que el conflicto jurídico principal puesto a conocimiento de la Corte Suprema es sobre si procede o no la

¹⁹² Véase Luis Cordero, *Casos Destacados Derecho Administrativo*. Tomo III (Santiago: Thomson Reuters, 2015a), 1405.

indemnización de perjuicios allí donde no había norma expresa. Frente a este problema de incompletitud hay dos posturas por las cuales se puede optar. Una es la que sigue la Corte de Apelaciones, la cual mediante un análisis más bien exegético determina la ausencia de regla, indicando que no procede la indemnización. La otra postura es la postura que toma la Corte Suprema, la cual siguiendo la línea de los casos “Lapostol”¹⁹³ y “Galletué”¹⁹⁴, indica que el Estado debe hacerse responsable cuando provoca una lesión consistente en pasar a llevar la igualdad ante las cargas públicas. Para ello, este Tribunal rellena la laguna en base a la Constitución y a la Ley N° 18.575.

- *Parrhesía:*

Pasando el filtro del caso difícil, es necesario ahora ver si se cumplen con los requisitos de la parrhesía. En primer lugar, cabe señalar que no se cumple con el requisito de veracidad, toda vez que no hay un planteamiento en la sentencia que permita sostener que los juzgadores identificaron una injusticia, sino más bien identificaron un mero daño que debía ser corregido. En este sentido, la existencia de una lesión al interés y los derechos de un particular, no cumple con las expectativas de justicia que la parrhesía busca satisfacer, porque la justicia del decir veraz es una que se basa no en una formalidad, sino en la materialidad, en la convicción del juez que el acto cometido es reprochable, y no de acuerdo a la convicción del ordenamiento jurídico. Así, entonces, no se satisface la condición de veracidad, porque no hay enunciados que permitan colegir la convicción interna del juzgador con el acto lesivo a los particulares, ni tampoco hay atisbos de una denuncia de una injusticia en sentido material (no formal).

No pasando la condición de veracidad, ni cumpliendo con la denuncia de una injusticia material, resulta irrelevante ver si se cumplen las otras condiciones.

- *Comentarios Finales:*

El objeto de colocar fallos que sí son casos difíciles, pero que no corresponden a actuaciones parrhesiásticas de un juez, se debe a que es de interés mostrar el rol protagónico que juega la justicia en sentido material dentro del decir veraz judicial. Ello porque las situaciones de caso difícil, en los cuales se lesionan derechos de los particulares pueden ser muy numerosas, sin

¹⁹³ Corte Suprema, Rol N° s/i, “Andrés Lapostol con Fisco”, 11 de enero de 1908. Luis Cordero, *Casos Destacados de Derecho Administrativo*. Tomo III (Santiago: Thomson Reuters), 1386-1393.

¹⁹⁴ Corte Suprema, Rol N° s/i, “Comunidad Galletué con Fisco”, 7 de agosto de 1984. Luis Cordero, *Casos Destacados de Derecho Administrativo*. Tomo III (Santiago: Thomson Reuters), 1394-1404.

embargo, en no todas esas circunstancias se da relevancia a la injusticia material que puede observar el juez, más allá de la contrariedad que un acto puede entrañar respecto al ordenamiento jurídico. Por ello, es sustancial distinguir entre meras lesiones o daños que se deben a situaciones contrarias a derecho o sin mayor fundamentación aceptable respecto al ordenamiento jurídico, que pueden constituir una injusticia de tipo formal, de aquellos daños cuya injusticia se funda en el abuso o en la situación desventajosa en que queda una persona, siendo dicha situación una injusticia dada por la distribución o por el rompimiento a la igualdad en un asunto que es muy relevante y delicado para el sujeto juez.

En el caso en comento, solo habría una contrariedad con el ordenamiento jurídico, pero no una injusticia en sentido material, de modo que la parrhesía no tiene lugar, ya que el juez decide el caso en base a la sola legalidad y jurisprudencia anterior (caso Lapostol y Galletué) y no en base a la injusticia misma del caso.

Cabe señalar, como comentario adicional, que en materias de propiedad, suele haber mayor objetividad por parte del juzgador, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con derechos tocantes a la vida. Junto con ello, agregar, que este caso se coloca dentro del derecho de propiedad, y no de igualdad, en razón a que típicamente en la doctrina, este caso corresponde a la “responsabilidad por actos lícitos”, en los cuales si bien se habla de la igualdad de las cargas públicas, esa igualdad está motivada por una afectación a la propiedad.

b) Caso “Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola Ganadero”

i) Antecedentes

- *Fecha:* 08/04/2013
- *Rol:* 8079-2010
- *Ministros en sala:* Sergio Muñoz, Héctor Carreño, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval, Jorge Lagos.
- *Ministro redactor:* Pedro Pierry.
- *Voto de mayoría:* Sergio Muñoz, Héctor Carreño, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval, Jorge Lagos.
- *Voto de minoría:* No hubo.

ii) Resumen

- *Hechos:*

La Universidad de Magallanes dedujo demanda de indemnización de perjuicios en contra del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) fundado en que éste incurrió en Responsabilidad del Estado. Pidió que se condene a la reparación del daño sufrido por la disminución del patrimonio de la actora, consistente en el daño emergente, lucro cesante y daño moral.

La demanda se basa en que en el marco de un proyecto de investigación científica, la Universidad de Magallanes inició las gestiones destinadas a importar ovinos para incrementar la producción lechera de la zona de la Duodécima Región. Frente a ello el SAG indicó a la demandante que debía presentar una "solicitud de inspección de productos de importación" para, posteriormente, autorizar el lugar de cuarentena donde se inspeccionarían los animales y se tomarían las muestras. Las condiciones para internación al país de ovinos para reproducción se fijaron por Resolución Exenta N°1995 del Director Nacional del SAG.

Con fecha 20 de marzo de 1996, ingresaron a la XII Región 32 ovinos por vía terrestre, por el paso fronterizo Monte Aymond. Fueron recibidos por el SAG, autorizándose su ingreso y siendo trasladados a la Estancia San Carlos de la Isla Riesco, Comuna de Río Verde. La autorización definitiva de internación de los ovinos ocurrió el día 16 de mayo de 1996. En el mes de noviembre de 2000 se muestrearon 11 ovejas lecheras de la Universidad de Magallanes, resultando 10 animales positivos.

La Resolución N°513 del Director Regional del SAG dispuso: “1.- Declárese la existencia de un foco de Maedi-Visna, en el Predio (...) de propiedad de la Universidad de Magallanes; 2.- Procédase al sacrificio o beneficio, en un plazo no superior a 30 días, a partir de la fecha de notificación, de todos los animales declarados como infectados y su descendencia, que se encuentren en dicho Predio (...)”. Por ello, en cumplimiento de lo ordenado por la autoridad sanitaria, con fecha 12, 19, 26 y 28 de febrero del año 2001, se procedió al sacrificio de los animales de dominio de la actora.

El Tribunal de primera instancia desestimó la demanda principalmente basándose en que la actuación del SAG fue lícita, de modo que no corresponde indemnizar. La segunda instancia confirmó esta sentencia. En razón de ello, la demandante deduce recurso de casación.

- *Alegaciones:*

La recurrente, principalmente, aduce que se contravienen los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, al negar la indemnización, pues el SAG se apartó en el cumplimiento de sus funciones. Manifiesta que el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política establece la indemnización por expropiación, la que deberá ser fijada de común acuerdo “o en sentencia dictada conforme a derecho” por los tribunales ordinarios, lo que obligaba al sentenciador a ordenar indemnizar los daños causados. Expone que, si bien el constituyente se refirió a la responsabilidad por las actuaciones irregulares de los órganos de la Administración, no excluye la obligación de indemnizar los daños causados por su actividad lícita. Asimismo, indica que se vulnera el artículo 19 N°20, que garantiza a todas las personas “la igualdad de los tributos”. Plantea que el fallo debió reconocer la responsabilidad del Estado por su actuación lícita, entendiendo que el fundamento de ella es la reparación de la justicia rota por la violación de la igualdad. Especifica que el error de derecho se configura cuando la juez de la causa afirma que las consecuencias dañinas que se producen por la actuación lícita del Estado –Resolución N° 513 del Director Regional del SAG- deben ser soportadas como cargas.

Luego refiere que se configura la infracción de los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575, ya que el sentenciador entendió erróneamente la falta de servicio y la responsabilidad objetiva, toda vez que la primera constituye un caso de responsabilidad objetiva y por tal motivo se equivoca el fallo cuando señala que los daños producidos por la actuación lícita del Estado deben ser soportados como cargas por los particulares.

- *Decisión y normativa aplicada:*

El principal conflicto jurídico que se ventila aquí es sobre si corresponde indemnizar cuando un organismo del Estado actúa lícitamente. Frente a este conflicto, los sentenciadores estimaron que no corresponde indemnizar, principalmente en razón a que se trata de un acto lícito permitido por la ley N° 18.755 y debido a que, aun cuando se ocasiona un daño, dicho daño es lícito, y el Estado solo indemniza cuando los daños son ilícitos, pues se requiere culpa por parte de la administración. Desde esta perspectiva, entonces, la Corte comprendiendo la responsabilidad del Estado como una subjetiva y no objetiva, señala que no hay culpa en el actuar del Estado, toda vez que el acto realizado es lícito. Junto con ello, agrega que no es posible construir una responsabilidad extracontractual a partir de la vulneración al artículo 19 N° 20 y 24.

iii) Análisis

- *Tipo de caso:*

El caso en comento corresponde a uno difícil toda vez que lo que hay es una indeterminación de la ley. Dicha indeterminación radica fundamentalmente en si el Estado es responsable, y por lo mismo si debe indemnizar, cuando realiza actos que, aun cuando son dañinos, son lícitos. Frente a esta indeterminación, existen dos opciones de actuación. En primer lugar, es posible plantear que la responsabilidad del Estado es objetiva, esto principalmente en relación con la exégesis del artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política. Siendo objetiva la responsabilidad basta con cualquier daño, lícito o no, para que el Estado indemnice. De acuerdo con esto entonces, la laguna es llenada siguiendo un criterio de interpretación exegética del texto constitucional.

Por el contrario, otra forma de llenar la laguna es poner énfasis, en el mismo artículo antes citado, en la parte en que indica que la ley determina la Responsabilidad del Estado. Este último criterio fue tomado por la Corte, citando los artículos 2 y 42 (ahora 44°) de la Ley N° 18.575, en los cuales se plantea que la Responsabilidad del Estado requiere la existencia de falta de servicio, frente a la cual la culpa adquiere un papel determinante. Ello porque no bastaría con un mero daño para constituir falta de servicio, sino que se requiere que ese daño haya sido provocado por culpa de un organismo del Estado.

- *Parrhesía:*

Pasando el filtro del caso difícil, es necesario ver ahora si se cumplen con los requisitos de la parrhesía. En primer lugar, cabe señalar que no se cumple con el requisito de veracidad, toda vez que no hay un planteamiento en la sentencia que permita sostener que los juzgadores identificaron una injusticia, sino más bien identificaron un mero daño que no debía ser corregido pues la ley permite causar ese daño en beneficio del bien común. En este sentido, quizás pudiera plantearse que la injusticia estaría en indemnizar por actos lícitos, pero no hay enunciados que hagan ostensible ese fin perseguido y la importancia moral que ello tiene. Así, entonces, no se satisface la condición de veracidad, porque no hay enunciados que permitan colegir la convicción interna del juzgador con un acto injusto, ni tampoco hay atisbos de una denuncia de injusticia en sentido material (no formal).

No pasando la condición de veracidad, ni cumpliendo con la denuncia de una injusticia material, resulta irrelevante ver si se cumplen las otras condiciones.

• *Comentarios Finales:*

Al igual que en el caso anterior, el objeto de colocar fallos que sí son casos difíciles, pero que no corresponden a actuaciones parrhesiásticas de un juez, se debe a que es de interés mostrar el rol protagónico que juega la denuncia de una situación injusta en el decir veraz de tipo judicial. Junto con ello, cabe agregar que es interesante además señalar que este tipo de pleitos, en donde los hechos del caso en comento con los hechos del caso anterior son similares, permiten vislumbrar que la parrhesía no está en decidir de una forma u otra, sino más bien en el relato que construye el juez para deliberar una decisión. En este sentido, muy anticipadamente, podríamos decir que en cuestiones sobre derecho de propiedad tal y como se ha analizado en estos dos casos, el relato construido es más bien uno de carácter formal, en donde la ley y las discusiones dogmáticas más vanguardistas son las principales protagonistas para decidir, no siendo mayormente relevantes los aspectos morales que hay detrás.

c) Caso “Ciclovía en Rancagua”

i) Antecedentes

- *Fecha:* 27/06/2013
- *Rol:* 2.272-2013
- *Ministros en sala:* Sergio Muñoz, Héctor Carreño, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval y Emilio Pfeffer.
- *Ministro redactor:* Sergio Muñoz.
- *Voto de mayoría:* Sergio Muñoz, Héctor Carreño y María Eugenia Sandoval.
- *Voto de minoría:* Pedro Pierry y Emilio Pfeffer.

ii) Resumen

- *Hechos:*

Nelly Urra y otros, todos domiciliados en la Avenida Bombero Villalobos, dedujeron acción de protección en contra de la Ilustre Municipalidad de Rancagua fundado ello en que, con fecha 18 de febrero de 2013, una empresa contratada por la Municipalidad inició trabajos para la construcción de una ciclovía que se emplazaría en la vereda poniente de la calle Avenida Bombero Villalobos. Se alude que dicha ciclovía atravesaría 72 accesos peatonales de vehículos de las viviendas que se encuentran en esa acera, además de cruces de calle y pasajes.

- *Alegaciones:*

Los recurrentes alegan que el emplazamiento de la ciclovía constituye un acto arbitrario e ilegal. Arbitrario porque la decisión es antojadiza, ya que bien pudo construirse la ciclovía en la vereda del frente, en donde no existen accesos peatonales de vehículos ni cruces con calles y ello contribuiría a reducir posibles atropellos e imprudencias, malos olores, plagas, basura y el consumo de alcohol y drogas que allí se genera. La ilegalidad, por su parte, se debe a que se vulneran los artículos 19 N° 2 y 24 de la Constitución Política, en tanto, en otras circunstancias se han construido ciclovías privilegiando el bien común y el interés de los habitantes de la comuna.

En cuanto al informe de la Municipalidad, este rechaza las vulneraciones acusadas y señala que (i) el recurso es extemporáneo, (ii) que la construcción de la ciclovía busca el bien común de la comunidad, el cual es verificado por el estudio hecho por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo y (iii) que el proyecto es altamente beneficioso en términos económicos y además minimiza los peligros asociados por tratarse de un barrio residencial.

Frente a estas alegaciones, en primera instancia, se decide rechazar el recurso, principalmente en razón a que las evaluaciones otorgadas por el municipio verifican la razonabilidad en el emplazamiento de la ciclovía. Junto con ello, se desechan las vulneraciones a los derechos, toda vez que siempre existen riesgos de atropellos y la eventual imprudencia futura es una especulación. Sin embargo, este fallo es apelado y luego conocido por la Corte Suprema.

- *Decisión y normativa aplicada:*

El principal conflicto jurídico que se ventila en este caso es sobre si la construcción de la ciclovía en la Avenida Bombero Villalobos es arbitraria o no, en relación a sí el Informe realizado por el Ministerios de Vivienda y Urbanismo es suficiente para sustentar que el emplazamiento de la ciclovía es lógico y racional. Frente a este conflicto, la mayoría de los ministros decide que sí existe un acto antojadizo por parte del municipio, debido a que su razonamiento para el emplazamiento solo consideró cuestiones puramente económicas, y no atendió al interés y bien común de sus habitantes, de acuerdo con el considerando cuarto de la sentencia.

En este sentido el fallo alude, en el considerando quinto, a que el municipio pasó por alto el “esfuerzo y preocupación sostenid[o] de los vecinos del sector en orden a procurarse un lugar grato y comfortable para su vivienda y entorno”. De modo tal que olvidándose de ello no quiso

“recuperar una franja de terreno abandonada y huérfana de toda preocupación y mejora, siendo una indesmentible muestra de irracionalidad” (C. 8).

Por lo anterior, no solo se ordena la suspensión de las obras de construcción, sino que también se ordena que “se realicen estudios de factibilidad técnica necesarios que demuestren fehacientemente que la construcción de la ciclovía en el lugar que los recurrentes recomiendan adolece de inconvenientes graves que la tornan inevitable” (parte resolutive de la sentencia).

iii) Análisis

- *Tipo de caso:*

El presente fallo corresponde a un caso difícil, toda vez que existe una indeterminación. Dicha indeterminación se afirma en tanto el principal problema planteado en el caso es sobre si es suficiente, o no, el Informe realizado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo para sustentar el emplazamiento de la ciclovía. De acuerdo con el razonamiento de primera instancia, la suficiencia o insuficiencia no depende ni de los vecinos del lugar ni del Tribunal, sino que dicho juzgamiento depende de la Municipalidad. En este sentido, la Corte de Apelaciones es deferente a la decisión del órgano administrativo. Por lo mismo, la indeterminación sobre la suficiencia del Informe es llenada por la discrecionalidad de la Municipalidad. Sin embargo, la Corte Suprema, por mayoría, considera que el Informe no es suficiente, pues, como se mencionó, toma en cuenta solo el criterio económico. Por esta razón, entonces, el Máximo Tribunal utiliza un criterio distinto basado en el interés de los vecinos, que es calificado como el interés común. De este modo, la indeterminación sobre la suficiencia es llenada por el parecer de los vecinos, razón por la que, en definitiva, es considerado el emplazamiento de la ciclovía como un acto arbitrario.

- *Parrhesía:*

Hay parrhesía toda vez que se cumple conjuntamente con la condición de veracidad vista en la denuncia a un hecho injusto y, asimismo, se cumple con la condición de moralidad y con la búsqueda de sacar de la injusticia el caso puesto a su conocimiento.

La condición de veracidad en la adjudicación es ostensible, primero, porque el juez juzgó el caso como un difícil toda vez que interpretó de una forma distinta el criterio de razonabilidad aplicable al caso. Esto es importante, sobre todo, porque el sentenciador decidió realizar un juzgamiento, en el sentido que no quiso subsumir el caso en la decisión discrecional de la

Municipalidad, como lo hizo el Tribunal de primera instancia, sino que, la Corte Suprema, al considerar la opinión de los vecinos como parte del interés común abrió un espacio de discrecionalidad, en base al cual consideró más correcto apelar al interés común de los recurrentes que al Informe del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Y es precisamente esa apelación al interés común la que hace ostensible la condición de veracidad, toda vez que la verdad allí contenida, y visibilizada, es la que constituyó al juez, y no la verdad inmediata que ofrece la decisión de la Municipalidad fundamentada en el Informe, que fue utilizada en la primera instancia.

Ello se observa claramente en el considerando cuarto que señala que “Este tribunal no ignora, desde luego, la necesidad de una optimización del uso de los recursos municipales y públicos (...) Sin embargo, es precisamente la calidad de vida de los recurrentes la circunstancia que fuerza a reparar en las motivaciones de la decisión impugnada por esta vía” (el subrayado es mío). Desde esta perspectiva, entonces, el juzgamiento de los sentenciadores se basó en la calidad de vida de los recurrentes, más que en un criterio económico. Es relevante mencionar, además, que a partir de la verdad que constituyó a los jueces, se puede apreciar que en el caso hay injusticia, en tanto dicha injusticia no tiene que ver principalmente con la lesión a la normatividad, sino más bien dice relación con el perjuicio material que a juicio de los sentenciadores han sufrido los recurrentes. Ello se evidencia en el considerando noveno que señala:

[E]ste tribunal estima que las obras destinadas a emplazar la ciclovía mencionada en el lugar determinado por el municipio envuelve un acto arbitrario, que conlleva el sacrificio de lo que con esfuerzo y dedicación los vecinos recurrentes han consolidado a lo largo de los años, en desmedro de recuperar una franja de terreno abandonada y huérfana de toda preocupación y mejora, siendo una indesmentible muestra de irracionalidad, lo que lleva a esta Corte a la necesidad de otorgar la protección demandada (el subrayado es mío).

Así, entonces, se satisface la condición de veracidad y, en base a ella, la denuncia de un hecho injusto motivado, de acuerdo a los jueces de fondo, en el menoscabo al sacrificio de los recurrentes que con esfuerzo han hecho las calles de su barrio como un lugar mejor.

Por otra parte, la condición de moralidad también se cumple, en razón a que hay un riesgo indeterminado. Este se da, primero, por el hecho de atribuirse la competencia de ver el mérito de un Informe, dejando de lado la deferencia a la administración que el Tribunal de primera instancia tuvo, lo cual puede ser puesto en entredicho por la jurisprudencia, la doctrina y la sociedad. Segundo, porque hay una búsqueda de acabar con la injusticia, la cual se ve reflejada en el ímpetu del juez de suspender la construcción de la ciclovía y con el mandato de realizar otro Informe para

definir bien el lugar de su emplazamiento. De esta manera entonces, la condición de moralidad y la atribución de responsabilidad para acabar con la situación injusta se ven satisfechas.

- *Comentarios Finales:*

Como primera cuestión, es necesario señalar que se incluye esta sentencia dentro del análisis al derecho de propiedad toda vez que, si bien la decisión de la Corte Suprema acogió el recurso de protección deducido en base al derecho de igualdad ante la ley –planteando que en otros casos el emplazamiento de construcciones si había tomado en consideración el interés de los vecinos–, en el fondo, lo que se intenta proteger, por parte de los recurrentes, es la propiedad y no tanto la igualdad. Ello debido a que la ciclovía afectaba los antejardines y entradas de vehículos, aun cuando esta fuera emplazada en la calle (un bien público) y no en sus propiedades. Por este motivo, entonces, se coloca el caso en comento en esta sección.

Como segundo punto, es menester señalar que para esta tesis la sentencia en comento contiene parrhesía, pero la afirmación de su existencia resulta problemática. Esto, en primer lugar, porque los jueces de fondo hicieron del caso uno difícil al considerar que el Informe no era suficiente para determinar el emplazamiento de la ciclovía. En este sentido, los sentenciadores se atribuyeron la competencia de determinar cuál era el criterio razonable para decidir emplazar una construcción Municipal, pasando por alto que esta facultad corresponde principalmente al organismo público.

En segundo lugar, resulta conflictivo afirmar la parrhesía debido a que la constitución de la verdad del juez está motivada por la narración del caso hecha por los vecinos, la cual apela, según los sentenciadores, al interés general pero bien uno podría considerar que es una mera referencia a los intereses individuales, basados en evitar la afectación a sus propiedades que pudiera producir el emplazamiento de la ciclovía. En este sentido, la narración construida por los recurrentes, y que constituye la verdad del juez, deja de ser una verdad tan compartida por la mayoría de la comunidad, en relación a lo que ocurría en los otros casos, en base a los cuales la afectación al derecho a la vida, por ejemplo, era una cuestión ampliamente compartida, en tanto es más visible la necesidad de su protección. Desde esta perspectiva, entonces, es posible afirmar que podrían haber actuaciones parrhesiásticas que pareciesen ser no tan buenas para la comunidad, pero que no por ello dejan de contener parrhesía (así, por ejemplo, uno podría apelar a que el Guasón es un parresiastés, aun cuando sus actos afectan y lesionan los intereses de la comunidad).

2.4 Conclusiones del capítulo

En este capítulo el fin fue analizar sentencias que pudieran mostrarnos algunas características de los enunciados parrhesiásticos, sin embargo, en ningún caso se buscó dar un diagnóstico general de lo que sucede en la Corte Suprema respecto a esta clase de enunciados. Para ello, hubiera sido necesario trabajar con bases de datos y hacer un estudio mucho más acabado.

De las 9 sentencias analizadas se puede observar que todas correspondían a casos difíciles, sin embargo, solo 6 de los casos contenían parrhesía. De esas 6 sentencias, 3 correspondían a fallos relacionados con el derecho a la vida (de un total de 3), 2 se relacionaban con la igualdad ante la ley (de un total de 3) y 1 fallo se vinculaba con el derecho de propiedad (de un total de 3).

De ello se pueden concluir, principalmente, tres cosas. Primero que, en general, es más fácil encontrar parrhesía en relación al derecho a la vida, y aquello resulta entendible, toda vez que la vida es típicamente considerada como un bien jurídico superior, al cual la comunidad lo protege de manera mucho más eficaz. Por lo mismo, es complejo relativizar o hacer aceptable moralmente la afectación a la integridad de las persona. No obstante a ello, si nos situamos en base a un análisis racional, ligado a la noción de costo-beneficio, a veces lo razonable está precisamente en permitir ciertas afectaciones a este derecho porque, por ejemplo, los costos de comprar un medicamento, como es descrito en uno de los casos, son muy altos, lo cual puede provocar dejar sin recursos a otras personas, afectándose así el derecho a la vida de esa otra persona. Desde esta perspectiva, entonces, es que se propone que es más fácil encontrar parrhesía en cuestiones ligadas a la integridad de las personas, ya que el tipo de relato que se construye en torno a la vida, es una narración que tiende a producir compasión y predisponer al interlocutor, en este caso al juez, a decidir de forma coherente con la importancia que se le otorga a la vida, dándole mayor relevancia a los aspectos morales de la decisión, que a los aspectos racionales.

Segundo, en cuanto a las sentencias que giran en torno a la igualdad ante la ley, es posible colegir que en ellas no siempre la parrhesía es tan clara, en razón a que a veces el respeto por la igualdad o el reproche a la desigualdad arbitraria está sujeto a mayor debate, de modo que no es tan intuitivo la calificación de bien jurídico superior a la igualdad, como sí lo es con la vida. Esto se debe a que si, por ejemplo, el conflicto ventilado tiene como partes al Estado y a una empresa privada de alto poder adquisitivo, difícilmente los aspectos del relato sean decisivos (a menos que el resultado de ese conflicto influya en personas o empresas más vulnerables, como ocurre en el

caso de la licitación de permisos de pesca). En este sentido, los aspectos extrajurídicos del relato construido serán relevantes principalmente cuando esté en juego la situación de personas o empresas económicamente vulnerables o más susceptibles a la vulneración. O cuando la discriminación afecta bienes jurídicos muy relevantes socialmente, como sería tradicionalmente el derecho a contraer matrimonio como se analiza en uno de los casos.

Tercero, en cuanto a cuestiones referidas a la propiedad es mucho más complejo encontrar parrhesía. Ello se debe a que, en general, los conflictos jurídicos son muy específicos y están jurisprudencial y dogmáticamente muy desarrollados. Por esta razón, la relevancia suele estar en las posturas defendidas por los jueces con anterioridad, como ocurre precisamente en los casos en torno a la indemnización del Estado por actuaciones lícitas. En todo caso, no es descartable que existan enunciados parrhesiásticos en torno a la propiedad, ya que, por ejemplo, en cuestiones de embargo es perfectamente factible que el relato permita dar relevancia a la moralidad. Sin embargo, no se incluyeron estos casos en razón a que solamente se revisaron fallos provenientes de la tercera sala de la Corte Suprema.

Por otra parte, de lo analizado se pueden concluir algunas características comunes en torno a las condiciones de la parrhesía. En primer lugar, en cuanto a la condición de veracidad y la consiguiente denuncia de hechos abusivos, es posible plantear que en los casos de indeterminación, usualmente el decir veraz está relacionado con la convicción de la perduración de una injusticia si la ley se entiende en un sentido sumamente restringido. En este sentido, por ejemplo, si solamente comprendemos al deber de atención médica en torno a la literalidad de las palabras de la ley, se seguiría poniendo en riesgo a los internos, en tanto no habría traslado oportuno en caso de urgencias. De esta forma, cuando hay indeterminación, la veracidad de la parrhesía está en la imprecación del abuso que existiría si se sigue determinando una normativa de forma tan restringida. Ahora, en los caso de impropiedad, la condición de veracidad está en la convicción de los juzgadores de mostrar que la aplicación exegética de la normativa atingente es abusiva, pues pasa a llevar otros bienes jurídicos importantes, como pueden ser la vida.

Junto con ello, es importante destacar que en todo caso difícil, independiente de la estructura que tome, lo crucial es que exista una narración, en base a la cual la selección de los hechos y su ordenación, predispongan al juez a juzgar en primera instancia y no a subsumir. Así, lo primordial es que el sentenciador se predisponga, en base a lo contado, a decidir constituyendo,

con ello, una verdad que surge por fuera del derecho, pues solo así es posible que se genere parrhesía.

En segundo lugar, en cuanto a la condición de moralidad y la atribución de responsabilidad para acabar con el abuso, los casos de indeterminación, en general, se caracterizan por la interpretación en sentido mucho más amplio de una normativa. Esto implica riesgos en tanto se aumenta el campo causal, como ocurre en el caso del interno que necesitaba diálisis reiterada o también implica generar un estándar de comportamiento muy amplio, como ocurre en el caso de la Municipalidad de Puente Alto. Por otra parte, en los casos de impropiedad, el riesgo principal está en desatender demasiado la exégesis de la ley, pues en dichos casos no hay duda alguna de la completitud de la normativa. En este sentido, el coraje genera incerteza jurídica y puede plantear casos dogmáticamente muy criticables. Cabe agregar, además, que tanto en casos indeterminados como impropios, la atribución de responsabilidad suele ir acompañada de condenas, en el sentido que se mandatan conductas activas para acabar con el daño, de modo que no solo se anula, por ejemplo, el rechazo que le da el Registro Civil al migrante, sino también se le obliga a la institución a aceptar la solicitud, o no solo se anula el rechazo de la compra del medicamento, sino que se ordena comprarlo mientras sea requerido de acuerdo a la recomendación médica.

Cabe señalar, por último, que de lo analizado se pueden plantear algunas ideas en torno al comportamiento judicial. Ello se debe a que el juez parrhesiastés se distingue del juez deferente y del activista. Como se ha dicho, el juez parrhesiastés se caracteriza porque los aspectos del relato lo predisponen a deliberar de una determinada forma, de modo que la adjudicación atiende primero a una verdad diferente a la que está en la legalidad. Por lo mismo, es relativamente fácil diferenciar al juez parrhesiastés del juez deferente, toda vez que este último, entendido en un buen sentido (es decir que es deferente dentro del límite de lo razonable¹⁹⁵), está apegado a la normatividad y al respeto de la separación de los poderes del Estado. En este sentido, el juez deferente no atiende a cuestiones políticas o morales en su deliberación, porque considera que eso está en el ámbito de la agencia gubernamental. El juez parrhesiastés, en cambio, sí atiende a ello, pero no en cualquier caso, sino solo en aquellos donde las razones jurídicas son insuficientes.

¹⁹⁵ Véase Cordero, *Lecciones de derecho administrativo*, 634 y ss. El profesor plantea que “La deferencia consiste única y exclusivamente, en la manera en que los jueces se aproximan a la decisión de un caso. No es la inmunidad del control judicial de un determinado asunto. Solo trata de decir, que ahí en donde por una cuestión de conocimiento comparativo debe adoptar una decisión técnica del organismo respectivo, entonces el juez no puede sustituir esa decisión pura y simplemente” (p. 636).

Por otra parte, el juez parrhesiastés también se distingue del juez activista, aunque esta distinción es compleja, toda vez que en ambos la normatividad no es suficiente para decidir un caso. Sin embargo, la principal diferencia entre la parrhesía y el activismo está en sus elementos constitutivos, pues mientras en la parrhesía es esencial la veracidad constituida el relato, en el activismo lo fundamental es obtener una justicia que está definida a veces anteriormente y que no depende necesariamente de la convicción que produce el caso concreto. Por esta razón, el activismo no necesita de un caso difícil para influir en la adjudicación, pues la justicia que se quiere hacer prevalecer es una, en ocasiones, dada de antemano. En cambio, en los casos en donde hay parrhesía el caso difícil es indispensable, pues ellos dan la posibilidad de apreciar el caso en profundidad, realzando los abusos que puede albergar y la falibilidad de la verdad del discurso jurídico, en el sentido que no da una respuesta suficiente¹⁹⁶.

Como último punto señalar que la parrhesía si bien hace que las cuestiones morales influyan para que se decida de una determinada forma, la legalidad sigue presente, pero usada más bien como un instrumento para la justicia material.

¹⁹⁶ Cabe agregar que la parrhesía, en el fondo busca disputar la verdad del discurso jurídico en la misma verdad de este, en cambio, el activismo, disputa la verdad de la forma jurídica, pero por fuera, negando al discurso jurídico. Esto, en todo caso, en el entendido de un activismo basado en la idea de realismo jurídico.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo he intentado presentar la noción de parrhesía vinculada con la práctica judicial, más particularmente con la decisión judicial. El objeto principal ha sido mostrar cómo la parrhesía ayuda a comprender por qué los jueces a veces deciden por razones más allá de las legales. Con este fin, el trabajo se dividió en dos partes, en las cuales se arribó a una serie de conclusiones que ahora paso a recopilar sistemáticamente.

Respecto a la primera parte, cuyo título es «Perspectivas teóricas sobre la decisión judicial y la parrhesía», se buscó dar los planteamientos teóricos metodológicos para construir un análisis de casos. Esta primera parte se desarrolló en tres capítulos. El primer capítulo, cuyo fundamento fue conceptualizar el concepto de parrhesía, nos permitió dar lugar a un tipo de clasificación de decir veraz que ha sido muy poco desarrollado, la parrhesía judicial. Este decir veraz se caracteriza por ser un discurso de imprecación en donde se denuncian injusticias con el objeto de acabar con ellas. A partir de ello, se concluyó que la parrhesía judicial se basa en concepciones de justicia material, las que en su sentido correctivo o distributivo, pretenden acabar con el abuso al que está sujeto una persona. En este sentido, la noción de parrhesía judicial es la que permite conectar el decir veraz con el decir justo.

En cuanto al segundo capítulo, en este se intentó explicar cómo la parrhesía se puede vincular con la práctica judicial, en tanto entrecruzamiento entre el decir veraz y el decir justo. En base a ello, lo principal que se pudo concluir es que el derecho, en tanto forma jurídica, es un discurso que contiene verdad y que busca hacerla prevalecer por sobre la verdad de otros discursos, principalmente, mediante procedimientos de exclusión. Estos procedimientos de exclusión pueden verse en la adjudicación, en la cual, ya sea a modo de comentario o de disciplina, mantienen la forma jurídica. En este sentido, la verdad del derecho siempre buscará prevalecer en la práctica judicial. Sin embargo, existen casos en los que la verdad del derecho es insuficiente, de modo que lo imperativo no es aplicar derecho, sino juzgar, pues solo está última acción permite la justicia directa y no mediada por las formas jurídicas. Desde esta perspectiva, se intentó plantear un punto de ruptura en relación con el entendimiento clásico de la decisión judicial y de los casos difíciles fundado en que dichos casos son difíciles porque los jueces vieron en ellos complejidades, tales como la indeterminación o la impropiedad. Junto con ello, de esa calificación, se genera para los sentenciadores un *espacio insalvable de discrecionalidad judicial*, en base al cual se mira a la justicia directa. Por consiguiente, es en estos casos en donde influye el decir veraz del juez, en tanto éste

permite la construcción de una verdad alterna a la proveída, la cual mira la injusticia y busca acabar con ella, teniendo como principal enfoque la pretensión de justicia material.

En cuanto al tercer y último capítulo de la parte uno, este quiso destacar la importancia de hablar de parrhesía en la adjudicación judicial, en primer lugar, porque la parrhesía es otra forma de análisis entre el decir veraz y el decir justo. En segundo lugar, es importante hablar de parrhesía toda vez que permite una relectura de la decisión judicial, en tanto ofrece una nueva comprensión de la adjudicación, en donde la aplicación del derecho no es el principal propósito, sino que lo es el juzgamiento, en tanto éste permite dar cuenta de los aspectos subjetivos que se desarrollan en los fallos, ligados a lo que se entiende como justo, correcto o merecedor de reproche. Finalmente, se destaca la noción de parrhesía en relación a que ésta ha estado presente en nuestra jurisprudencia y muy posiblemente lo seguirá estando.

Respecto a la segunda parte, cuyo título es «Antecedentes jurisprudenciales de la parrhesía judicial», se buscó analizar algunos casos en donde hay enunciados parrhesiásticos y también otros casos que sin contener estos enunciados, poseen enunciados con una estructura parecida. Esta segunda parte se desarrolló en dos capítulos cuyas conclusiones son las siguientes.

En el primer capítulo de la segunda parte se quiso determinar los criterios de selección de las sentencias que se analizaron. Para ello, se dividió en dos secciones, siendo la primera encargada de precisar los aspectos procesales y la segunda encargada de dar cuenta de la importancia del periodo elegido en base al contexto político, académico e institucional que le precedió. Del desarrollo de estas secciones se determinó que se analizarían sentencias definitivas emanadas de la tercera sala de la Corte Suprema, referidas al control judicial de la administración, por los atractivos conflictos jurídicos que se generan. Junto con ello, se dio cuenta de lo interesante que es revisar fallos de la Corte Suprema en razón de su historia y su conservadora relación con el Poder Ejecutivo. Asimismo, se señaló que uno de los principales símbolos de la parrhesía lo podíamos ver durante el periodo de dictadura, principalmente con las actuaciones de jueces como Carlos Cerda. También se indicó que con la llegada a la democracia, y los cambios en la academia y en el diseño institucional, se redujo el espacio de parrhesía de los jueces en tanto el Poder Judicial se hizo más eficiente. No obstante a ello, se concluye que es posible plantear la existencia de parrhesía en la actualidad, principalmente, por la existencia de casos difíciles.

En cuanto al capítulo segundo, se revisaron 9 sentencias, en las cuales se pretendió mostrar la existencia de la parrhesía, pero bajo ningún punto se tuvo una pretensión de exponer la realidad total del sistema judicial. En este sentido, se distinguió que la parrhesía aparece fundamentalmente ligada a bienes jurídicos personalísimos y a situaciones donde hay vulnerabilidad social. Asimismo, me referí a que no todos los casos difíciles llevan al juez a generar enunciados parrhesiásticos, sino que se da en determinadas circunstancias en donde, usualmente, están involucradas situaciones de vulnerabilidad o que causan conmoción social. Finalmente, se distinguió someramente a la parrhesía de otros comportamientos judiciales como el activismo o la deferencia.

A modo de corolario final de esta memoria, me gustaría señalar que el objeto principal fue intentar comprender por qué los jueces deciden no en base al discurso jurídico, sino fundamentalmente en razón de elementos extrajurídicos, concluyendo finalmente que ello se debe a la búsqueda de justicia para el caso concreto que se pretende. Por lo anterior, esta tesis habla no solo sobre el comportamiento judicial, sino también trata sobre la justicia en la práctica judicial.

El punto de convergencia de estos dos temas estuvo dado por el concepto principal al que se aboca esta tesis, la parrhesía judicial. Ello debido a que, cuando la parrhesía está enunciada en la deliberación judicial, permite al juez constituirse en base a una verdad alterna a la verdad del discurso jurídico, en donde cuestiones como la narración del caso y el desarrollo del litigio son relevantes a la hora de la constitución de la verdad del juez. Junto con ello, la constitución de una verdad distinta es la que permite el juzgamiento por sobre la subsunción, en la medida que se comprende que el derecho es distinto a la justicia y, solo cuando no se apela a las formas jurídicas de forma directa, es posible la imprecación de un abuso y la consecución de justicia material.

Lo que se plantea, entonces, a lo largo de esta memoria, en lo principal, es la posibilidad de otra forma de comportamiento judicial, pero también se propone una manera diferente de comprender el fenómeno jurídico. Por ello es que se relativiza las concepciones de imparcialidad e independencia, porque se comprende que la verdad de un discurso no es más que un *kosmos*, es decir, una forma de decoro y orden —tal como lo mencionó hace siglos Gorgias¹⁹⁷—, en base al cual el contenido de las formas se puede disputar y uno de los tantos modos de disputa que puede

¹⁹⁷ Véase Gorgias, *Encomio de Helena* (Buenos Aires: Winograd, 2011), p. 26-45. Al comienzo de dicho texto, Gorgias menciona que el decoro u orden (*kosmos*) para una ciudad y para un discurso es la verdad. De ello se sigue que dependiendo de la forma del discurso se va delimitando su verdad, haciendo más o menos reprochables ciertos discursos.

haber es precisamente la parrhesía. Con ello, la imparcialidad si bien puede ser deseable nunca podría ser un categórico.

No obstante a ello, esta relación entre el comportamiento del juez y la justicia no es un vínculo pacífico en tanto la persecución de justicia implica de coraje por los riesgos indeterminados que se corre. Y estos peligros que existen son latentes cuando el juez juzga, debido a que el juez se transforma en un no-juez, es decir, en un adjudicador cuyas sentencias dejan de abandonarse a la subsunción, a la aplicación del derecho, negando con ello la función moderna que el derecho le atribuye a todo aquel que ejerza jurisdicción. Por consiguiente, cuando hay un juez parrhesiastés, nos encontramos frente a un sujeto que ve la justicia más allá de la ley, más allá de la imparcialidad, de la neutralidad, de la independencia, y de todos los valores modernos asociados al discurso jurídico, de modo que claramente la parrhesía es riesgosa, porque implica salirse de la verdad del discurso jurídico, para plantear otras verdades que desformalizan al sistema. Ahora, ello no siempre es bueno, pues puede ocurrir que la constitución de la verdad de un juez pueda basarse en prácticas fascistas, genocidas o en prácticas arbitrariamente discriminadoras, lo cual es claramente un punto de crítica a esta desformalización.

De estos dos grandes tópicos desarrollados, que convergen en la noción de parrhesía judicial, se pueden desprender varios subtemas destacables que no solo tienen implicancias prácticas, sino que también contribuyen a la teoría crítica del derecho y dan la posibilidad de seguir explorando esos tópicos. Estos subtemas son, en primer lugar, el entendimiento del derecho como una forma jurídica, un discurso y un dispositivo, pues de esta comprensión es posible plantear que el derecho es un discurso más, que posee verdad, y que a través de dispositivos como los procedimientos de exclusión puede mantener dicha verdad. Junto con ello, este entendimiento del ordenamiento permite comprender que el derecho es una forma, que es llenada por la técnica política, de manera tal que no contienen elementos esenciales o naturales.

Por consiguiente, considero que la reconstrucción que se hizo de entender al derecho como un discurso, entrega una forma de mirar el fenómeno jurídico como una artificialidad cuya verdad depende de quienes influyan en la forma jurídica, de modo que la parrhesía viene a ser, de alguna manera, una noción que disputa la verdad del discurso jurídico, la cual puede estar en los litigantes y también en los juzgadores, como esta memoria plantea. Ahora, esta disputa por la verdad de la forma jurídica, no es un debate que busca cambiar en abstracto al ordenamiento, sino que simplemente, estando en la verdad del discurso jurídico, se intenta relativizar sus fundamentos y

entrelazarlos con una noción de justicia necesaria, de acuerdo a las convicciones del juez, para el caso difícil. Así entonces, la parrhesía judicial es una forma de disputa excepcional en la verdad del derecho, en miras de un fin de justicia y no una forma de disputa fuera de la verdad del derecho.

En segundo lugar, se considera relevante la reconceptualización sobre la decisión judicial, toda vez que la deliberación deja de comprenderse a partir de los debates de qué significa derecho o cómo se aplica este, para plantear la pregunta directa sobre la justicia más allá del ajuste a las reglas y la mediación del derecho. Desde este punto de vista, resulta relevante, a su vez, la separación entre derecho y justicia, la cual, siguiendo la tradición derrideana, nos permite conceptualizar la decisión judicial como una actividad que para atribuir justicia no pretende aplicar el derecho, sino juzgar. Esta concepción, permite, por último, redefinir qué se comprende por caso difícil, proponiéndose que lo relevante en ellos es la posibilidad de generar un espacio de discrecionalidad que le da facultad al juez de juzgar, para poder atribuir justicia directa.

Como último subtema, me parece importante destacar la relevancia del desarrollo del concepto de parrhesía. La disputa que contiene en sí el decir veraz no se propugna como algo positivo o negativo, sino que busca observarse como un evento que acontece y que muy probablemente seguirá ocurriendo. Así, es necesario tener conciencia sobre esta clase de actuaciones para evaluar si como sociedad esta es una forma que aceptamos, y si es así de qué manera lo hacemos. Por consiguiente, asumir la posibilidad de parrhesía no se pretende asociar a un juicio de valor, sino que pretende dar cuenta de dicha situación y así ofrecer un espacio crítico a la práctica judicial, cuyas máximas de justicia no solo se alimentan de las formalidades en el procedimiento y la imparcialidad, sino que también pueden atender a ideales correctivos o redistributivos que se alejan de la concepción de justicia a ciegas y que buscan, al igual que Antígona y las leyes de Creonte, gestos de justicia más allá de las leyes de una ciudad.

En este sentido, esta propuesta de la parrhesía entiende que “el juez es un lector”¹⁹⁸ cuya posición, por lo mismo, no es estática. Así, el juez parrhesiastés es el no-juez; es en alguna medida la huella de una sociedad emancipada de los dioses, sacrílega, precisamente porque una sociedad emancipada “es una comunidad de narradores y traductores”¹⁹⁹, cuyas estéticas de la existencia nos constituyen y la constituimos, mutando desde eso que debemos ser a lo que nos contamos y construimos.

¹⁹⁸ Jaques Derrida, *La diseminación* (Madrid: Espiral, 1997), 170.

¹⁹⁹ Jaques Rancière, *El espectador emancipado* (Buenos Aires: Manantial, 2011), 28.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Álvarez, Jorge. 2017. Introducción a *La Parrésia* de Michel Foucault, 23-115. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Alzola, Aitor. 2017. El silencio de los dioses, la palabra de los hombres: fundamentos de la democracia ateniense. *Dorsal. Revista de Estudios Foucaultianos* 2 (junio): 263-280.
- Aristóteles. 1990. *Retórica*. Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. 1992. *Poética*. Madrid: Editorial Gredos.
- Atiyah, P. S. 1986. *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press.
- Atria, F. 2016. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Austin, J. 2002. *El Objeto de la Jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barthes, Roland. 2003. *El placer del texto y Lección inaugural de la cátedra de semiología literaria del Collège de France*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Butler, Judith. 2006. ¿Qué es la crítica? Un ensayo sobre la virtud de Foucault. *Brumaria* 7: 15 - 31.
- Carbonell, Flavia. 2017. Elementos para un modelo de decisión judicial correcto. *Revista de Estudios de la Justicia* 27: 1-35
- Carniglia, Luciano. 2013. Figuras de la subjetividad: el decir verdadero en la biopolítica contemporánea. *Revista Pléyade* 12: 119-134.
- Casarino, Mario. 2005. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- _____. 2011. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Cordero, Luis. 2013. Justicia Ambiental y Responsabilidad del Estado. *El Mercurio Legal*, 27 de mayo, Sección Análisis Jurídicos.
- _____. 2015a. *Casos Destacados Derecho Administrativo. Tomo III*. Santiago: Thomson Reuters.
- _____. 2015b. *Lecciones de derecho administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.
- _____. 2016. De Marín a Pierry: 20 años en el Desarrollo de la Responsabilidad del Estado en la Corte Suprema. En *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo: Estudios en Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, coord. Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez y Osvaldo Urrutia, 393-411. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Cordero, Luis y Tapia, Javier. 2015. La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional. *Revista Estudios Públicos* 139 (primavera): 1-48.
- Couso, Javier y Hilbink, Lisa. 2010. Del quietismo al activismo incipiente: Las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile. En *Tribunales Constitucionales en América Latina*, coords. Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, 169-217. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Detmold, Michael J. 1989. Law as practical reason. *The Cambridge Law Journal* 48, N°3: 436-471.
- Derrida, Jacques. 1997. *La diseminación*. Madrid: Espiral.
- _____. 2002. *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Tecnos.
- _____. 2011. *Los Prejuzgados Ante la Ley*. España: Avarigani Editores.
- Dworkin, R. 1984. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- _____. 2012. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Eurípides. 1979. *Orestes*. Madrid: Editorial Gredos.
- _____. 1995. *Ión*. Madrid: Gredos.
- Faúndez, Julio. 2011. *Democratización, Desarrollo y Legalidad: Chile, 1831-1973*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Faivovich, Jaime. 1967. La reacción tiene santos en la Corte, *Punto Final* 38.

- Ferrada, Juan Carlos. 2008. La evolución del sistema chileno de control de la administración: desde el control político y administrativo al control judicial. En *Estudios de Justicia Administrativa*, autores Andrés Bordalí y Juan Carlos Ferrada, 3-51. Santiago: Legal Publishing.
- Foucault, Michel. 1996. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- _____. 1997. *La Arqueología del Saber*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- _____. 2001. *Defender la sociedad. Curso Collège de France 1975-1976*. México: Editorial Fondo de Cultura Económico.
- _____. 2004. *Discurso y verdad en la antigua Grecia*. Buenos Aires: Paidós.
- _____. 2004. *El orden del discurso*. Buenos Aires: Fábula.
- _____. 2005. *El poder psiquiátrico*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____. 2007. *El nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____. 2007. *Historia de la Sexualidad. La voluntad del saber*. México, D.F.: Siglo XXI Editores.
- _____. 2009. *El gobierno de sí y de los otros: curso en el Collège de France: 1982-1983*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- _____. 2010. *El coraje de la verdad: el gobierno de sí y de los otros. Curso en el Collège de France (1983-1984)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____. 2014. *La hermenéutica del sujeto Curso en el Collège de France (1981-1982)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____. 2014. *Obrar mal, decir la verdad: Función de la confesión en la justicia. Curso de Lovaina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina.
- _____. 2017. *Discurso y verdad. Conferencia sobre el coraje de decirlo todo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- _____. 2017. *La Parresía*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Gorgias. 2011. *Encomio de Helena*. Buenos Aires: Winograd.

- Gros, Frédéric. 2004. A parrhesía em Foucault (1982-1984). En: *Foucault e a coragem da verdade*. Parábola Editorial: San Pablo.
- Guastini, Ricardo. 2014. *Interpretar y Argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hart, H.L.A. 1963. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- _____. 1983. American Jurisprudence Through English Eyes: Nightmare and the noble dream. *Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford*: 123-144.
- _____. 1997. Post Scriptum (El Concepto de Derecho). *Estudios Públicos* 65: 225-263.
- Hilbink, Lisa. 2007. *Judges beyond politics in democracy and dictatorship*. New York: Cambridge University Press.
- Holmes, Oliver W. 1975. *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Huneeus, Alexandra. 2010. Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn. *Law & Social Inquiry* 35 N°1 (Winter, 2010): 99-135.
- Iglesias, Marisa. 2006. Las fuentes de la indeterminación del Derecho: una aproximación filosófica. *Cuadernos de Derecho Público* 28: 55-82.
- *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Tomo I. 1996. Santiago: Ministerio Secretaría general del Gobierno de Chile.
- *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*. Tomo I. 2005. Santiago: Ministerio del Interior.
- Langshaw Austin, John. 1990. ¿Cómo hacer cosas con palabras? Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- Lifante, Isabel. 2015. Interpretación jurídica. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* 2: 1349-1387.
- Matus, Alejandra. 2017. *El Libro Negro de la Justicia Chilena*. Santiago: Ediciones B Chile.

- Méndez Braña, Ramiro. 1970. Memoria leída por el Presidente de la Excma. Corte Suprema en la Sesión Inaugural del año 1970, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales* 67.
- Montesquieu. 1984. *Del Espíritu de las Leyes*. Buenos Aires: Heliasta.
- Moreno, José Luis. 2013. Isegoría y parresia: Foucault lector de Ión. *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política* 49 (julio-diciembre): 509-532.
- Novoa Monreal, Eduardo. 1970. ¿Justicia de clase? *Revista Mensaje* N° 187 (Marzo-Abril).
- Platón. 1988. *República*. Madrid: Editorial Gredos S.A.
- Platón. 2004. *Diálogos II. Gorgias Menexeno*. Madrid: Editorial Gredos.
- Rancière, Jaques. 2011. *El espectador emancipado*. Buenos Aires: Manantial.
- Rawls, John. 1995. *Teoría de la Justicia*. México D.F.: Fonda de Cultura Económica.
- Revel, Judith. 2009. *Diccionario Foucault*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Rimbaud, Arthur. 1995. *Iluminaciones*. Madrid: Hiperión.
- Rodríguez, César. 1997. Estudio Preliminar de La decisión judicial/ H. L. A. Hart y Ronald Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Savigny, F. K. *El Sistema del Derecho Romano Actual*. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores.
- Simon, Jonathan. 2003. Fearless Speech in the Killing State: The Power of Capital Crime Victim Speech. *North Carolina Law Review* 82: 1377-1414.
- Valenzuela Somarriva, Eugenio, coord. 1991. *Proposiciones para una Reforma del Poder Judicial*. Santiago: CEP.
- Vásquez, Víctor. 2014. Parrhesía: Entre ley y filosofía. *Revista Científica Guillermo de Ockham*, 12 (enero): 65-75.
- Vergara, Alejandro. 2015. Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial”. En *Centro de Políticas públicas UC* 10, n°63 (noviembre): 1-12.

- Wróblewski, Jerzy 1985. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas.

Jurisprudencia

- Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 2339-2018, “Bernardo Castillo y otra con Servicio Nacional de Registro Civil”, 15 de mayo de 2018. En: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL/Bernardo+Castillo+y+otra+con+Servicio+Nacional+de+Registro+Civil/CL/vid/721150173v> [Consultado el 29 de julio de 2018].
- Corte Suprema, Rol N° s/i, “Andrés Lapostol con Fisco”, 11 de enero de 1908. Luis Cordero, *Casos Destacados de Derecho Administrativo*. Tomo III (Santiago: Thomson Reuters), 1386-1393.
- Corte Suprema, Rol N° s/i, “Montero con Comisariato Departamental de La Serena”, 14 de octubre de 1947. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 45 (1948): 248–250.
- Corte Suprema, Rol N° s/i, “Presidente de la República con Juez de Melipilla”, año 1967. Luis Cordero, *Casos Destacados de Derecho Administrativo*. Tomo III (Santiago: Thomson Reuters), 530-537.
- Corte Suprema, Rol N° s/i, “Rayonhil Industria Nacional de Rayón SA con Director de Industria y Comercio y Otros”, 5 de septiembre de 1973. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 70 (1973): 66–71.
- Corte Suprema, Rol N° s/i, “Galletué con Fisco”, 7 de agosto de 1984. Luis Cordero, *Casos Destacados de Derecho Administrativo*. Tomo III (Santiago: Thomson Reuters), 1394-1404.
- Corte Suprema, Rol N° 2.213-2000, “Elia Quintana y otros contra Servicio Agrícola y Ganadero”, 23 de enero de 2001. En: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL/Elia+Quintana+y+otros+contra+Servicio+Agr%C3%ADcola+y+Ganadero/CL/vid/32103548> [Consultado el 4 de abril de 2018].
- Corte Suprema, Rol N° 355-2010, “Lincolao con Servicio de Salud Araucanía Sur”, 30 de julio de 2012. En: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL/lincolao+con+servicio+de+salud/CL/vid/436738322> [Consultado el 4 de abril de 2018].

- Corte Suprema, Rol N° 8895-2009, “Casas Copeva II”, 23 de octubre de 2012. En: https://microjuriscl.files.wordpress.com/2012/10/mjch_mjj33409.pdf [Consultado el 29 de julio de 2018].
- Corte Suprema, Rol N° 8.079-2010, “Universidad de Magallanes con Servicio Agrícola Ganadero”, 8 de abril de 2013. En: [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ35108&links=\[UNIV,%20MAGAL%20L](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ35108&links=[UNIV,%20MAGAL%20L) [Consultado el 4 de junio de 2018].
- Corte Suprema, Rol N° 10.156-2010, “La Cañamera”, 7 de mayo de 2013. En: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000200011 [Consultado el 4 de abril de 2018]
- Corte Suprema, Rol N° 2.272-2013, “Ciclovía en Rancagua”, 27 de junio de 2013. En: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL/Ciclov%C3%ADa+en+rancagua/CL/vid/471272998> [Consultada el 4 de abril de 2018].
- Corte Suprema, Rol N° 11.857-2014, “Plomo en Arica”, 30 de octubre de 2014. En: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL/plomo+en+arica+corte+suprema/CL/vid/541533390> [Consultado el 4 de abril de 2018].
- Corte Suprema, Rol N° 19018-2017, “Héctor Manuel de Jesús Figueroa con Registro Civil”, 7 de agosto de 2017. En: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL/19018-2017/vid/692080237> [Consulta el 4 de abril de 2018].
- Corte Suprema, Rol N° 5055-2017, “Blue Ocean Sea Food con Subsecretario de pesca y Comisión de Adjudicación de la Subasta de los Permisos Extraordinarios de Pesca del bacalao de profundidad”, 13 de septiembre de 2017. En: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL/Rol+N%C2%B0+5055-2017/vid/693116101> [Consultada el 4 de abril de 2018].
- Corte Suprema, Rol N° 16.660-2017, “Municipalidad de Antofagasta con Contraloría Regional”, 20 de septiembre de 2017. En: [https://app-vlex-](https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL/16.660-2017/vid/693116101)

com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL/Municipalidad+de+Antofagasta+con+Contralor%C3%ADa+Regional/CL/vid/693457817 [Consultado el 29 de julio de 2018].

- Corte Suprema, Rol N° 70584-2016, “Cambio de nombre y sexo registral”, 29 de mayo de 2018.

En: https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2/cambio+de+sexo/vid/726268705 [Consultada el 29 de julio de 2018].

- Corte Suprema, Rol N° 8.523-2018, “Daniel Vera con Ministerio de Salud”, 19 de junio de 2018. En: <https://bit.ly/2PJHFtV> [Consultada el 29 de julio de 2018].

- Corte Suprema, Rol N° 9.000-2018, “Juan Silva con Dirección General de Gendarmería”, 6 de julio de 2018. En: <https://bit.ly/2FwTP4D> [Consultada el 29 de julio de 2018].

- Corte Suprema, Rol N° 12.130-2018, “Bernardo Castillo y otra contra Servicio de Registro Civil e Identificación”, 12 de julio de 2018. En: <https://bit.ly/2Q7RAJb> [Consultada el 29 de julio de 2018].

- Corte Suprema, Rol N° 17043-2018, “Medicamento para la Atrofia Muscular Espinal”, 06 de octubre de 2018. En: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#CL/search/jurisdiction:CL/Medicamento+para+la+Atrofia+Muscular+Espinal/CL/vid/744692345> [Consultado el 9 de noviembre de 2018].