

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL / N° 30 / 2012



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2012**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 30
2012

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones de comisiones de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

LA EQUIDAD Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS (Y COMO LÍMITES A LA APLICACIÓN DE REGLAS)

JOSÉ JULIO LEÓN *

Introducción

Como se sabe, el artículo 24 del Código Civil trata indirectamente de los principios generales del Derecho —habla del “espíritu general de la legislación”— y de la equidad (“natural”), asignándoles una función bastante restrictiva como elemento supletorio para interpretar “los pasajes oscuros o contradictorios de las leyes” (cuando no dieren resultado los otros elementos de interpretación que el mismo Código consagra en sus arts. 19 al 23)¹. Pero mucho ha cambiado el sistema jurídico, junto con nuestras concepciones acerca del Derecho y los métodos de interpretación, desde la promulgación del Código Civil, ampliándose las funciones asignadas a los principios generales del Derecho y la equidad. Así, dado el reconocimiento incluso a nivel constitucional de las lagunas jurídicas y el principio de inexcusabilidad

* Universidad Diego Portales.

1. Sobre este carácter triplemente restrictivo del art. 24 del Código Civil, véase Squella, Agustín: *Introducción al Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, 2000, p. 288.

judicial², hoy se les asigna también una función de integración del ordenamiento³.

Por lo anterior, los principios generales del Derecho y la equidad se estudian como fuentes supletorias del orden jurídico, aunque no son propiamente métodos de producción de normas jurídicas, sino tipos especiales de Normas (la equidad puede ser vista como principio), ni su aplicación es siempre supletoria. Desde el punto de vista de la Teoría de las Fuentes del Derecho y aunque no tienen origen en las otras fuentes, al estar implícitos en la legislación podría pensarse que su fuente mediata es ésta; son fruto de la elaboración racional del Derecho (se relacionan con la Doctrina) y son parte de las normas generales que los jueces reconocen y aplican al decidir un caso (Jurisprudencia)⁴. Podemos entonces concebir a los principios generales del derecho (incluido el principio de “equidad”) como normas básicas y generales, de relevancia jurídica y que se encuentran implícitos en el ordenamiento jurídico. Dicho en términos más simples y directos, son “principios implícitos”⁵.

La hipótesis tentativa de este trabajo es que los principios generales del Derecho, en tanto “principios”, son propiamente normas

2. El art. 76 de la Constitución se refiere a la competencia de los tribunales y, en su inc. 2º, señala: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”.

3. El art. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil (requisitos que deben contener las sentencias) se refiere a los “principios de equidad” como fundamento de la decisión judicial (en defecto de ley).

4. AGUILÓ, Josep: *Teoría General de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona: Ariel, 2000, Cap. VII (especialmente pp. 125-31 y 144-54).

5. Para Wróblewski los principios son normas o consecuencias lógicas de un conjunto de normas del sistema de derecho positivo, que poseen un carácter fundamental, por el lugar que ocupa en la estructura jerárquica del sistema, por su relación lógica con otras normas, por su relación con una institución jurídica o por valoraciones socio-políticas. Distingue entre principio positivo del derecho, principio implícito del derecho, principios extra-sistémicos⁵; principio-nombre del derecho y principio-construcción del derecho. Cfr. Wróblewski, Jerzy: *Sentido y hecho en el Derecho*, México: Fontamara 2003.

del sistema que cumplen además de las señaladas una función explicativa y justificativa de otras normas jurídicas (como las reglas), de modo que orientan su *interpretación* y delimitan su ámbito de aplicación. Si una regla cae fuera del ámbito de justificación que le provee un principio, puede originarse una laguna axiológica y el juez está facultado para decidir que el caso queda fuera del ámbito de aplicación de la regla. De hecho la “equidad” es la justicia en el caso particular; la excepción a la justicia legal. Ello resulta más acorde con una concepción del Derecho como argumentación (que suscribo), y con los cambios que vive nuestra sociedad, que requieren nuevas formas de interpretar el Derecho para alcanzar resultados más justos⁶.

Para sostener que los principios generales del Derecho pueden cumplir esta función bastaría encontrar un caso (típico) en la práctica legal que la reconozca. Voy a ilustrar esto, analizando y evaluando las argumentaciones de dos sentencias recientes de la Audiencia Provincial de Navarra en las que, a pesar de tratar de casos análogos, el Tribunal llega a resultados distintos y contradictorios⁷. Me interesó el caso tanto porque se refiere a una conducta recurrente de los Bancos respecto del deudor hipotecario —amparada por reglas— que resulta ser contraria a la equidad y a principios generales del Derecho; como por su similitud con el caso chileno (no sólo en el nivel de las reglas aplicables, sino también en el contexto de crítica social respecto al funcionamiento de las entidades financieras). Lo que pretendo es desarrollar un esquema de análisis de ambas resoluciones, que sea útil para evaluar luego sus argumentaciones y determinar, por esa vía, cuál de las dos conclusiones

6. PERELMAN, Ch.; *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid: Civitas 1979, especialmente pp. 139-176.

7. Argumentativamente, desde un punto de vista lógico, caben cuatro posibilidades: las dos son correctas, las dos son defectuosas, o una de las dos es correcta y la otra no. Ahora bien, puesto que los jueces tienen sólo dos posibilidades: acoger o rechazar el recurso, desde el punto de vista de la decisión (parte resolutive del fallo), por fuerza, una ha de ser correcta y la otra no. A este último respecto, entonces, no parece posible que ambas decisiones sean correctas o incorrectas a la vez, a menos que se sostenga una tesis de indeterminación radical de la decisión por parte del material jurídico (principios, directrices y reglas).

es la correcta. Además, haré un intento por reconstruir la argumentación “correcta” en tanto mejor interpretación posible, o mejor teoría justificatoria del material jurídico vigente y de la práctica respectiva⁸. La tesis que subyace a este segundo propósito —la que puede ser materia para una investigación posterior— es que sólo hay una respuesta correcta para este caso (y para toda clase de casos), por aplicación del principio de igualdad ante la ley. Así, una vez determinada la correcta aplicación de una regla a la luz de los principios que la justifican, la igualdad exige que esa solución se extienda a todos los casos que presentan la misma propiedad relevante.

El caso

Los casos son idénticos en sus aspectos esenciales. Se trata de dos recursos de apelación presentados en contra de sendas sentencia de primera instancia dictadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 2 de Estella; siendo la parte apelante el demandante en el expediente civil, el Banco XXX. En ambos casos se celebró entre el demandante y demandado un contrato de préstamo hipotecario, en que el banco ostenta la condición de prestamista y el demandado la de deudor o prestatario; en dichos contratos se pactó, al momento de celebrarlos, un valor de tasación de la propiedad, superior al monto de la deuda; en los dos hubo incumplimiento del deudor y, ante el impago de las cuotas pactadas, el Banco dio por resuelto el contrato y solicitó su ejecución forzada, pidiendo que se subastara la finca hipotecada; en ambos la subasta fue declarada “desierta”, dictándose auto de adjudicación de la propiedad a favor del Banco ejecutante, en el que se fija un segundo valor de tasación. En los dos expedientes, el Banco solicitó la continuación del procedimiento de ejecución por la parte de deuda no cubierta por la subasta (diferencia entre el monto del crédito, intereses y costas, y el valor de tasación fijado en la adjudicación); a lo que el

8. Adscribo en este punto a la concepción interpretativa del Derecho de Ronald Dworkin, especialmente en: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 2002; *El imperio de la Justicia*, Barcelona: Gedisa, 2005 y, recientemente, *Justice for Hedgehogs*, USA: Harvard University Press, 2011.

Tribunal a quo resolvió que “No ha lugar”. Ambas resoluciones fueron apeladas por el Banco para ante la Audiencia Provincial, siendo el caso que su Sección Segunda desestima el recurso, con fecha 17 de diciembre de 2010, mediante auto N° 111 (S1); mientras que la Sección Tercera, a 28 de enero de 2011, mediante auto N° 4 (S2) lo acoge y revoca la sentencia de primera instancia. Esas decisiones y las razones que respectivamente las fundamentan, son las que ahora paso a analizar.

Análisis de las sentencias (I)

Para analizar⁹ estas dos resoluciones voy a utilizar inicialmente el esquema de S. Toulmin. A primera vista parece más adecuado que el esquema que propone Atienza, puntualmente porque se trata de sentencias de alzada, en que los hechos se dan por probados y lo que se discute, básicamente, son la(s) garantía(s) y las condiciones de refutación. A mayor abundamiento, en ambas sentencias, en el primero de sus respectivos “Antecedentes de Hecho”, se indica que se aceptan “los del auto apelado”.

Para Toulmin¹⁰ pueden distinguirse seis elementos en un argumento: la pretensión o conclusión (C), las razones o datos (D), la garantía (G), el respaldo (R), las condiciones de excepción o refutación (E) y el calificativo o matizador modal (M). El primero de ellos, *la conclusión* (*claim* en el original¹¹), significa tanto el punto de partida como el punto de destino de la argumentación. Siempre que la pretensión pueda ser cuestionada —en otro caso no surge la necesidad de argumentar— el proponente tendrá que dar *razones* (*data* en el original) en su favor, que sean al mismo tiempo relevantes y suficientes.

9. El análisis, por cierto, no se agota en la representación. Implica determinar cuáles son los puntos de vista en discusión, identificar los argumentos, su estructura, así como las premisas explícitas e implícitas.

10. TOULMIN, Stephen, “Los usos de la argumentación”, Editorial Península Barcelona, 2007, pp. 132-145.

11. TOULMIN, Stephen, *The uses of arguments*, Cambridge University Press, Cambridge, 1959 (Updated edition, 2003).

Es importante tener presente que —para Toulmin— las razones no son teorías generales, sino hechos específicos, referidos a aquellos que en el Derecho están descritos genéricamente en el antecedente (supuesto de hecho) de la(s) norma(s) aplicable(s) al caso *sub lite*. Luego, aún cuando no se discutan los hechos, como es este el caso, debe justificarse el paso de las razones a la pretensión (de los datos a la conclusión). Los enunciados generales que autorizan dicho paso constituyen la *garantía* (*warrant* en el original) del argumento, y pueden consistir en una regla de experiencia, en un principio, en una ley de naturaleza, etc. También, es necesario explicar que la garantía resulta válida y con un suficiente peso, sobre todo, si hay diversas formas posibles de pasar desde las razones a la pretensión. El proponente, entonces, tendrá que mostrar que su garantía es superior a cualquier otra, indicando el campo general de información, la fuente o el *respaldo* (*backing* en el original) que está presupuesto en la garantía aducida. Los calificativos o *matizadores modales* (*modal qualifiers* en el original) indican la fuerza de la garantía en el paso adoptado; y las *condiciones de refutación* (*conditions of exception* en el original) apuntan a las circunstancias en que la autoridad general de la garantía ha de dejarse de lado.

Veamos este esquema aplicado a ambas sentencias:

1. Es llamativo que Sí —que a mi juicio llega a la decisión correcta, como veremos más adelante— está basada en un argumento extremadamente simple (y, atendido que se trata de un *caso difícil*, débil). En efecto, es posible reconstruir toda la argumentación empleando el esquema simple del argumento, basado en los tres primeros elementos mencionados.

C: debe desestimarse el recurso [el acreedor no tiene derecho a cobrar el saldo insoluto].

D: [porque] se ha celebrado un contrato de préstamo entre las partes, con hipoteca, en el que se ha fijado el valor de tasación a efectos del contrato, valor que cubre el principal de la deuda. El Banco intentó presentar una nueva tasación, la que fue desestimada por el Tribunal a quo, Auto que el Banco no recurrió.

G: Doctrina de los actos propios [Banco no puede invocar una pretensión que contradiga su conducta previa]. Además, hay una garantía implícita (una norma) en cuya virtud sólo procede continuar

la ejecución cuando el valor de la finca adjudicada al Banco no satisfaga íntegramente la deuda.

La estructura argumentativa aparece debilitada, en cuanto ni siquiera se explicitan los respaldos: ni la fuente que autoriza aplicar la doctrina de los actos propios, ni las normas generales aplicables al caso (Si bien podrían estar contenidas en la sentencia impugnada, que —al ser confirmada— se entienden aceptados por S1¹²). El Tribunal tampoco analiza las posibles condiciones de refutación de su argumento.

El Tribunal parece estar consciente de estas debilidades, por lo que agrega razones no necesariamente conectadas con la línea de argumentación principal¹³. Así, suma un nuevo Dato: la finca, hoy por hoy, tiene un valor real inferior al que en su día se fijó como precio de tasación a efectos de subasta¹⁴; esto está relacionado con la realidad del mercado actual, la crisis económica que ha sido causada por la mala gestión —o mala praxis— del sistema financiero (ejemplo de las “hipotecas basuras”), del que los Bancos —incluido el ejecutante— son partícipes. La Garantía ahora es que, si bien formalmente no habría “abuso de derecho” pues la actuación del Banco se ajusta a la literalidad de la ley, “moralmente es rechazable” que se quiera continuar la ejecución; y las normas deben interpretarse según la realidad del tiempo en que se aplica [El Banco no puede invocar en su favor el cambio de circunstancias —menor valor de los bienes raíces— que es efecto de la crisis económica]. El Respaldo que se ofrece en este segundo argumento es el art. 3 del Código Civil español¹⁵.

12. Cfr. Fundamento de Derecho primero.

13. Sería un caso de “argumentación compleja” o “múltiple”, que envuelve diversos argumentos conectados entre sí. Para van Eemeren y Grootendorst se trata, en principio, de defensas alternativas para un mismo punto de vista (Cfr. *Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica*. Santiago: Ed. Univ. Católica de Chile, 2002, pp. 95 y ss.). Luis Vega las denomina “argumentaciones convergentes”, cuyas premisas confluyen de modo independiente en una conclusión (Cfr. *Si de argumentar se trata*, Montesinos, 2007, p. 58).

14. Si bien se mira, este dato es contradictorio con la garantía implícita que hace posible el paso de los datos a la conclusión en el esquema anterior.

15. Fundamento de Derecho cuarto, letra c).

2. Del otro lado, S2 —que, como veremos, a mi juicio llega a la decisión incorrecta— está fundada en una argumentación que puede representarse recurriendo a todos los elementos del esquema de Toulmin:

C: debe estimarse el recurso y proceder a la ejecución [el acreedor tiene derecho a cobrar el saldo insoluto].

D: [porque] se celebró un contrato entre las partes —un préstamo garantizado con hipoteca— que fijó un valor de tasación (a la época del contrato); hubo incumplimiento del deudor y, al proceder a la ejecución, la subasta resultó desierta, adjudicándose la finca al Banco con un nuevo valor de tasación —actual— fijado a efectos de la adjudicación; dicho valor no satisface íntegramente el pago de la deuda.

G: El acreedor tiene derecho al pago íntegro de su crédito y el deudor responde del pago total de la deuda, con todos sus bienes presentes y futuros¹⁶. Cuando el producto de los bienes hipotecados subastados sea insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad faltante y proseguir la ejecución según las reglas generales. El juez, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional debe someterse a la ley y al conjunto del ordenamiento jurídico español, como expresión de la soberanía popular (“con independencia de las opiniones personales que los preceptos mencionados puedan merecer”); sin que corresponda al juez sumir funciones no reservadas al legislador, sino aplicar la ley al caso concreto.

R: Constitución, art. 117.1; art. 1911 del Código Civil; art. 129 y ss. de la Ley Hipotecaria; art. 579 y ss. de la LEC.

El argumento tiene una Garantía adicional, que el Tribunal no considera necesario respaldar: Es obvio que entre 2006 (tasación convencional) y el momento actual la vivienda pudo disminuir su valor real a consecuencia de las circunstancias económicas¹⁷.

El argumento S2 no sólo explicita los respaldos normativos, sino que además incorpora los otros dos elementos, el matizador modal y las condiciones de refutación:

M: salvo

16. Nuestro Código Civil así lo establece en el art. 2465.

17. Fundamento de Derecho quinto. Está basado en una máxima de experiencia.

E: que exista “abuso del derecho” o “enriquecimiento ilícito”.

Esta argumentación integra, entonces, un segundo argumento, no independiente del anterior, que persigue establecer la no concurrencia de las condiciones de excepción (C).

D: [en este caso no concurren dichas excepciones, porque] hay contrato entre las partes; existe una ley que permite al Banco solicitar lo que pide (en este caso, la referencia a la ley es un enunciado descriptivo, por eso lo incluyo como dato).

G: “una cosa es que se ejercite un derecho y otra bien distinta es que bajo la apariencia de ejercicio de un derecho, se esté actuando en contra de la ética y de la justicia”; “no puede alegarse abuso de derecho frente al acreedor adjudicatario cuando se han cumplido los trámites legales prevenidos en el art. 131 de la Ley Hipotecaria”. Y “el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes... solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa”.

R: Jurisprudencia, STS 128/2006, de 16 de febrero, STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8274), y Sentencias de 18 de enero de 2000 (RJ 2000, 138), de 5 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3672), de 19 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1055), etc. STS de 8 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3782), STS 901/2005, de 18 de nov. (RJ 2005/7733) y STS 681/2003, de 8 de julio (RJ 2003/4334).

La argumentación se apoya, adicionalmente, en jurisprudencia aplicada al supuesto de enriquecimiento injusto en subastas judiciales, en que no se reconoce relevancia a la divergencia de precio entre el valor de tasación y el de adjudicación, ni siquiera cuando el precio de remate “fue irrisorio y absolutamente desproporcionado” (STS de 18 de julio de 2003 [RJ 2003,4334]. El fallo agrega que “no cabe aplicar esta doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos (Sentencia de 26 de junio de 2002 [RJ 2002, 5499]) o existe una expresa disposición legal que lo autoriza (Sentencia de 31 de julio del mismo año [RJ 2002, 8436]), debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concorra justa causa”¹⁸.

18. El carácter “absolutista” de este argumento, que niega cabida a la ponderación (principio de proporcionalidad) será el punto de partida para hacer su crítica, en el apartado de evaluación de las sentencias.

Análisis de las sentencias (II)

Hasta aquí, el “modelo” de Toulmin nos ha servido para poner de manifiesto diferentes criterios para aplicar el material jurídico vigente, es decir, para resolver problemas de interpretación. Si aplicáramos el esquema de análisis que propone Atienza¹⁹, nos encontramos con el problema exactamente opuesto: El Derecho aplicable es claro²⁰, lo que se discuten son cuestiones de hecho (problemas de prueba y de calificación)²¹.

Según Atienza, el planteamiento del problema (P) modaliza un contenido proposicional (a)

Pa: debe / no debe proceder la ejecución.

A partir de allí, la argumentación se divide en dos cuestiones (Q), una referida a la interpretación de un enunciado normativo (b), y la otra a una cuestión probatoria (c).

19. “Cómo analizar las argumentaciones” (inédito). Según Atienza, el análisis supone representar los argumentos (y las argumentaciones de que ellos forman parte); mostrar sus elementos y examinar con detalle cada una de sus partes.

20. Estaríamos en consecuencia, frente a diferencias de actitud más que ante un genuino desacuerdo acerca del Derecho aplicable. Sería, como dice Carrió: “una controversia generada por un desacuerdo valorativo encubierto”, ya que un Tribunal se resiste moralmente a aplicar una norma y el otro considera que su deber alcanza hasta la aplicación literal (Cfr. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, pp. 103-105). No creo que estemos frente a una “falsa oposición” de las que habla Vaz Ferreira, puesto que los jueces deben optar entre aplicar o no aplicar las normas. Si es atingente la distinción que hace este autor entre cuestiones de hechos y de palabras, puesto que ambas sentencias admiten los mismos hechos (Cfr. *Lógica viva*, pp. 35 y ss.).

21. En rigor, se trata de un problema de calificación de los hechos, o de “hechos secundarios” (“*secondary facts*” problem). Cfr. MacCormick, Neil. “Legal Reasoning and Legal Theory”, Oxford University Press, 1978, pp. 93 y ss. Como se sabe, fue Mac Cormick quien caracterizó los casos difíciles (*hard cases*) como aquellos que presentan problemas de relevancia o interpretación, respecto de la premisa normativa, o de prueba o calificación, respecto de la premisa fáctica (Cfr. Atienza, M.; *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México: UNAM, 2005, Cap. V).

Qb (ENAI): El deudor responde del pago total de la deuda, con todos sus bienes presentes y futuros. Cuando el producto de los bienes hipotecados subastados sea insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad faltante y proseguir la ejecución según las reglas generales. Salvo que exista “abuso del derecho”.

Qc (EFAP): ¿Existe o no un saldo de deuda? Eso depende de cuál se considera el valor de mercado del bien. Luego, ¿tiene valor la tasación hecha entre las partes, o debe estarse a la tasación judicial realizada a efectos de la adjudicación del bien al Banco?

Si se examina detenidamente la representación esquemática de los argumentos de S1 y S2, ellas no discrepan respecto de Qb. Incluso están de acuerdo en que no procedería aplicar la excepción de abuso del derecho. Toda la diferencia se centra en Qc, el enunciado práctico a probar: ¿existe o no un saldo de deuda no cubierto por el valor del bien subastado?

S1 da una respuesta negativa (A-c), basada en hechos probatorios, tales como el contrato entre las partes y la nueva tasación, desestimada por resolución que no fue recurrida (1.c y 2.c). Ambas en conjunto forman un argumento. Una tercera razón (3.c), es un enunciado general: nadie puede ir en contra de un acto propio, que se debería respaldar mediante un enunciado teórico (un 4.c que asumimos implícito, basado en la Doctrina y Jurisprudencia). Esto permite dar por acreditado que no existe saldo de deuda (A-c). De ahí se pasa a la justificación interna, de un hecho probado (EFP= A-c) y una cierta norma (ENI) se concluye en forma deductiva: dado que no hay saldo de deuda por cobrar, no procede continuar la ejecución (S-a).

S2 da una respuesta positiva a la pregunta (Ac), basada en la existencia del contrato (1.c) y en el auto que adjudica la subasta a un menor valor. Ambas, van acompañadas del enunciado general (máxima de experiencia) de que las cosas pueden perder valor con el tiempo, máxime en época de crisis (3.c). Acreditada la existencia de un saldo de deuda, se pasa a la justificación interna en que se concluye afirmativamente que debe darse curso a la ejecución (Sa).

Evaluación de los argumentos²²

Estamos, a mi parecer, frente a una paradoja. La decisión correcta presenta una argumentación defectuosa, mientras que la incorrecta se apoya en una argumentación rigurosa y formalmente impecable.

Para que S1 pueda reconstruirse satisfactoriamente según el esquema (completo) de Toulmin, debemos agregar premisas que el fallo no expresa (suprimiendo algunos argumentos de poco peso o relevancia) y señalar los respaldos correspondientes²³. En específico, es necesario, para justificar correctamente esta decisión, desarrollar la “doctrina de los actos propios” aplicada al caso, pues esa doctrina introduce una perspectiva distinta, que la Jurisprudencia que respalda a S2 no ha integrado (y que justifica el cambio de criterio). En efecto, es regla general en el derecho comparado —y reconocida en el derecho español— declarar inadmisibles una pretensión actual de un sujeto si ella resulta contradictoria con la conducta previa del mismo. Son casos en los que actuaciones que se realizan al amparo literal de las normas, son, sin embargo, rechazadas por ser contrarias a la equidad²⁴ y a la buena fe.

22. Si bien el análisis no es pura descripción ni se agota en los aspectos formales de la argumentación, la evaluación implica entrar de lleno en los aspectos materiales y pragmáticos de la misma. Se trata de ponderar la corrección, fuerza y relevancia de las argumentaciones, con miras a la justificación de la decisión.

23. No fundamentar es una infracción a las que la teoría del discurso denomina “reglas de razón”. Cfr. Alexy, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 135 y ss. Una decisión sin fundamentación —dice Aguiló— es el paradigma de una decisión arbitraria. En el Estado Constitucional, la voluntad (o las preferencias) de la autoridad no es nunca justificación suficiente. Por ello —y por su rol “institucional”— es especialmente fuerte el deber de los jueces de fundamentar sus decisiones (Cfr. Aguiló, J. *Sobre Derecho y Argumentación*, Palma de Mallorca: Lleonard Muntaner Ed. 2008, p. 27).

24. Desde Aristóteles se entiende que la equidad es como “una corrección de la justicia legal”. La razón de ello es que la ley siempre es general, “y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal”; por tanto, “cuando sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal,

Se trata de un principio general del Derecho²⁵, que tiene origen en el antiguo brocardo: *venire contra factum proprium non potest*²⁶. De no reconocerse este principio, se estaría permitiendo que los sujetos saquen provecho de su propio dolo o aleguen —en su beneficio— su propia torpeza.

Por otra parte, en la argumentación se deberían tener en cuenta las condiciones de refutación. El fallo (S1) debió haberse hecho cargo de la jurisprudencia que empujaba en sentido contrario a su decisión, y justificar el cambio de criterio. Como se ha dicho, la razón material que debió explicitarse es que nadie puede actuar o sostener pretensiones contrarias a sus propios actos, ni aún amparándose en una regla formalmente válida²⁷.

entonces está bien [...] que se corrija esta omisión” tal como el legislador la habría hecho si lo hubiere conocido. Cfr. *Ética Nicomáquea*, Madrid: Gredos, 1985, pp. 264 y ss. “(Es propio de) la equidad ser indulgente con las cosas humanas. Y mirar no a la ley, sino al legislador; no a la letra, sino a la inteligencia del legislador; no al hecho sino a la intención; no a la parte, sino al todo; no a cómo es ahora uno, sino a como era siempre”. Cfr. *Retórica*, Madrid: Gredos, 2000, p. 153.

25. Los principios generales del Derecho son estándares normativos que no emanan de ningún órgano o entidad específica, sino que se entienden formar parte del ordenamiento jurídico mismo, pues están implícitos en él y sirven para fundamentar decisiones del juez en caso de lagunas. Son fruto, como diría Aguiló, de la “elaboración racional del propio Derecho” y conforman el “Derecho implícito”. Cfr. Aguiló, J. *Teoría General de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona: Ariel, 2000, pp. 132 y ss. Aunque la importancia de los principios en la argumentación jurídica resurge con el trabajo de Dworkin; como apuntan Atienza y Ruiz Manero, los principios generales del Derecho son “viejos conocidos” de los juristas (Cfr. *Sobre Principios y Reglas*, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 10, 1991, p. 101). Los principios generales del Derecho son reconocidos como fuente formal por el art. 1.1 del CC español.

26. Viewheg vuelve a relevar la utilidad de los tópicos en la argumentación, como premisas para llegar a la solución correcta de un problema (el autor razona contra la posibilidad de concebir el Derecho como un sistema lógico-deductivo y sostiene, en cambio, que la Jurisprudencia se estructura totalmente desde el problema). El Derecho positivo “es un conjunto de problemas que se conectan con la cuestión de la justicia como preocupación fundamental” (Cfr. *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986, p. 144).

27. Cuando S1 cita el art. 3 CC, el fallo anuncia que va a hacer una interpretación ajustada al tiempo en que se aplica la regla, pero en verdad no formula ninguna

Si incurre en una serie de falacias no formales, a saber: i) Falacia de la división: se afirma que lo que es cierto de un todo debe serlo también para cada una de sus partes. En este caso se dice que la causa de la crisis económica es la mala gestión del sistema financiero y, como el Banco es parte del sistema financiero, no está moralmente habilitado para solicitar la prosecución de la ejecución; ii) Falacia *ignoratio elenchi* (conclusión inatinerente), pues no se argumenta si jurídicamente procede o no la petición del Banco, sino que se la descalifica desde un punto de vista moral. Este razonamiento es también: iii) una apelación a lo emocional²⁸ y, paralelamente, una falacia pragmática²⁹. Cuando se argumenta que, si bien formalmente no habría “abuso de derecho”, la actuación del Banco es “moralmente rechazable”; se produce un “salto” —no justificado— de un campo de argumentación a otro, lo que constituiría una infracción a las reglas pragma-dialécticas del diálogo racional³⁰. En efecto, esa no es una buena razón para evaluar la

“interpretación”. Como dicen Perelman y Olbrechts-Tyteca, el Derecho se conforma a la inercia (v.gr., técnicas de la cosa juzgada, precedente y carga de la prueba), por lo que el cambio “debe justificarse” (Cfr. *Tratado de la Argumentación. La nueva Retórica*, Madrid: Gredos, 1994, pp. 177-180).

28. Copi, I. *Introducción a la Lógica*, Buenos Aires: Eudeba, 1995, pp. 97-99 y 111-113.

29. A partir del trabajo de Hamblin (1970), las falacias son vistas como “movimientos incorrectos en el discurso argumentativo” más que como “argumentos que parecen ser válidos pero que en realidad no lo son”. Cfr. Eemeren, F.H. van (2001): “Fallacies” en F.H. van Eemeren (Ed.), *Crucial Concepts in Argumentation Theory* (pp. 135-164). Amsterdam: Amsterdam University Press.

30. La teoría “pragma-dialéctica” conceptualiza el discurso argumentativo como un intercambio dialéctico de movimientos argumentativos cuyo objetivo es someter a prueba la aceptabilidad de puntos de vista. Las falacias son concebidas, en este modelo, como “movimientos argumentativos” que violan las reglas de un discurso argumentativo razonable, entendido como un modelo procedimental para llevar a cabo una discusión crítica orientada a la resolución de una disputa. La regla 4, por ejemplo, expresa que “una parte sólo puede defender su punto de vista presentando una argumentación que esté relacionada con ese punto de vista” y se viola esta regla mediante una argumentación “que no esté relacionada con el punto de vista presentado en la etapa de confrontación”. van Eemeren, F. y Grootendorst, op. cit., pp. 121-125, y 151 y ss.

aceptabilidad del punto de vista del ejecutante, ya que éste ha esgrimido una pretensión que concibe como un derecho (en sentido jurídico). De consecuencia, el banco ni ha presentado una pretensión basada en la “moral crítica” ni tampoco ha tenido ocasión de argumentar en ese sentido, por lo que la condena *ex post* resulta un “movimiento argumentativo” incorrecto. Toulmin también advierte la dependencia de los estándares en relación al “campo” (*field* en el original) de la argumentación³¹; aunque no llega a calificar explícitamente a este “movimiento” como un tipo determinado de falacia. En este caso podríamos decir que hay un paso (en retroceso) del contexto de justificación al contexto de descubrimiento³².

S2, en cambio, satisface el “test” de Toulmin en todas sus partes y, por tanto, resulta algo más difícil advertir razonamientos falaces. Sin embargo, nos parece que la solución a la que arriba no es la “correcta”. Hace, quizás, una excesiva apelación a la “autoridad” de las sentencias anteriores; siguiendo a van Eemeren y Grootendorst, podemos decir que en este caso la argumentación “múltiple” (la profusión de citas a decisiones anteriores) despierta sospechas, ¿para qué tanta insistencia? Es claro que en este caso la estructura de argumentación compleja se usa por motivos retóricos. Se la quiere hacer parecer más fuerte de lo que en verdad es³³. Pero lo cierto es que no se analiza detenidamente el problema del “abuso de derecho”, ni se contrasta la petición del Banco con su propia conducta previa (la valoración de la propiedad que hizo en el contrato de préstamo).

S2 no llega a determinar correctamente cuáles son las condiciones de aplicación de la prohibición de abuso del derecho, principio reconocido por el art. 7.2 CC español; es decir, no establece cuál es la *ratio decidendi* de los precedentes que cita. No se ve por qué, bajo cualquier circunstancia, deba excluirse la figura de abuso del derecho por la existencia de un contrato entre las partes, máxime cuando lo que

31. Los criterios o tipos de razones requeridos para justificar una conclusión varían de campo a campo. Cfr. *Los usos de la argumentación*, op. cit., pp. 58-61.

32. Por todos, véase Atienza, M.; *Las razones del Derecho*, cit., pp. 31 y ss.

33. Vid. *Supra*, nota 5.

se pide por una de ellas es contradictorio con lo que se establece en el contrato; menos aún puede basarse dicha exclusión en que lo pedido por el Banco es una facultad que establece la ley, pues precisamente el “abuso del derecho” es un correctivo para acciones que, *prima facie*, constituyen el ejercicio de un derecho subjetivo y parecen permitidas. Es claro que para estos sentenciadores el Derecho es, nada más, un conjunto de reglas y no advierten —como exponen Atienza y Ruiz Manero— que el abuso del derecho, en realidad, debe conceptualizarse como un “ilícito atípico”: No como un caso de contravención a las reglas, o de ausencia de reglas, sino de contravención de principios. Específicamente, “se trata de acciones que, aún siendo *prima facie* subsumibles en una regla permisiva, respecto de ellas no resulta aplicable la justificación subyacente de dicha regla permisiva, o esta se ve desplazada por algún otro principio que, en relación con el caso, tiene mayor peso”³⁴.

Siguiendo una argumentación de Dworkin, los jueces del segundo fallo le habrían dicho “No” a la Sra. Sorensen³⁵. Este fallo representa una perspectiva conservadora del positivismo: las personas no tienen más derechos que los que las pautas generales de derecho legislado (*enacted law*) les reconocen. Estos jueces no hacen una interpretación del Derecho pasado para decidir qué principios lo justifican mejor y, así, decidir lo que esos principios requieren en el nuevo caso. No están interesados en hacer la mejor interpretación posible de la práctica jurídica, como un todo. En particular, S2 no se hace cargo

34. Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta, 2000, pp. 33-66 y, especialmente, p. 29.

35. La Sra. Sorensen debió tomar durante muchos años un medicamento genérico que era comercializado bajo distintas marcas, por diversas compañías farmacéuticas. El medicamento tenía efectos colaterales que luego se descubrieron y ella sufrió un daño cardíaco permanente. Demandó conjuntamente a las compañías, en proporción a sus cuotas de mercado, y éstas se defendieron invocando las reglas de responsabilidad vigentes, según las cuales se debía probar específicamente qué perjuicios había ocasionado cada una. El ejemplo es inventado por Dworkin, para ilustrar su teoría interpretativa —y moral— del Derecho: “El post scriptum de Hart y el carácter de la filosofía política, en Orellana B., M. (compilador); *Causas perdidas*, Santiago, Chile: Catalonia, 2010, pp. 25-58.

de la doctrina de los actos propios, cuya integración altera las conclusiones a las que puede arribarse desde el mero examen de jurisprudencia pasada, según veremos a continuación.

La respuesta correcta

En la medida que el constitucionalismo introduce principios que reconocen a los ciudadanos sus derechos fundamentales, frente a los gobiernos y a las mayorías, la configuración de esos derechos no debe verse restringida por las declaraciones deliberadas que formula el legislador, sino que deben ser identificados y delimitados por medio de un juicio racional, moral y político.

Cierto es que, *prima facie*, no se enriquece injustamente el que obra de acuerdo con la ley (STS 829/2008 de 25 de sept. [RJ 2008/5570]). También es cierto que la hipoteca no altera el principio de responsabilidad ilimitada del deudor y que, en principio, no puede tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos las facultades que le concede la ley. Pero —y esta es la razón material que no se ha pesado suficientemente— no es menos cierto que nadie puede alegar su propia torpeza o levantar pretensiones que contradigan sus actos previos y relevantes.

La premisa fáctica a tener por probada en este caso —como hemos develado gracias al esquema de análisis de Atienza— es si el valor del bien subastado es suficiente o no para cubrir la deuda principal, y ello se traslada a una cuestión sobre hechos secundarios: si es relevante o no, a estos efectos, el valor de tasación convencional. Es obvio, en este caso, que se configuran las circunstancias que configuran la doctrina de los actos propios, pues existe: a) una conducta jurídicamente relevante (la tasación convencional del bien); b) la celebración de un acto (el contrato de préstamo hipotecario) donde el otro contratante confía en el sentido objetivo de esa conducta; c) una pretensión contradictoria con la primera conducta (que el valor del bien es inferior al fijado en el contrato), y d) identidad entre quien ejecuta la primera conducta y quien sustenta la pretensión (el Banco).

Se trata, por tanto, de un caso claro de aplicación de la denominada doctrina del *stoppel* en el derecho anglosajón, la que, según

Puig Brutau³⁶ y Diez-Picazo³⁷, también deriva del *venire contra factum proprium non potest*. El *stoppel* supone una representación (no en el sentido jurídico, sino más bien en el sentido teatral del término): es decir, una apariencia de la que se derivan expectativas para los terceros y, luego, una pretensión que la modifica. Esta pretensión —en la medida que contradice y afecta una expectativa razonable, que se forjó al amparo de la representación aludida— debe ser rechazada. Como explican Puig Brutau³⁸ y, siguiéndolo, Diez-Picazo³⁹, quien crea en otra persona una confianza basada en una determinada situación aparente, e induce con ello a esa otra persona a obrar en un determinado sentido, no puede después pretender que esa situación era puramente ficticia o que no poseía el significado que cualquier persona razonable, puesta en esa misma situación, le habría atribuido. En otras palabras, esta doctrina impide que los sujetos de derecho defrauden la confianza de los demás, sea negando o discutiendo en juicio un título o derecho del adversario que ha sido reconocido previamente.

De otro lado, desde una perspectiva consecuencialista⁴⁰ el caso obliga a los jueces a preguntarse quién debe asumir el riesgo en caso de cambio de circunstancias. Tal como señalan Calabresi y Melamed: “la cuestión fundamental que hace el Derecho es decidir cuál de las partes en conflicto tendrá el derecho a prevalecer”. “En ausencia de esta decisión, el acceso a los bienes, servicios y a la vida misma será decidido sobre la base de que “el poder hace el Derecho” (*might makes right*), de modo que quien sea más fuerte o más hábil ganará”⁴¹.

36. PUIG BRUTAU: *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona: Ariel, 1951, pp. 103 y ss.

37. DIEZ-PICAZO: *La doctrina de los propios actos. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid: Bosch, 1963, pp. 61 y ss.

38. *Estudios de derecho comparado*, cit. p. 111.

39. *La doctrina de los propios actos*, cit. p. 67.

40. Según Mac Cormick, el argumento consecuencialista es uno de los criterios que deben utilizar los jueces, para elegir entre las diversas alternativas de interpretación. *Op. cit.*, pp. 129 y ss.

41. Cfr. CALABRESI, Guido y MELAMED, A. Douglas: “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad. Una vista de la Catedral”, en *Estudios Públicos*, N° 63 (invierno 1996), p. 349.

La tasación —en la práctica comercial— la hace o la encarga el Banco y, claramente, tiene por objeto servir de precio a los efectos de la subasta; pues su valor como garantía establece el límite de lo que el Banco está dispuesto a prestar. Normalmente, los contratos de préstamo hipotecario son contratos de adhesión (en caso de oscuridad las cláusulas se interpretan contra el que las establece). Además, en caso de cambio de circunstancias, el banco ha podido retasar y pedir que le mejoren la garantía. El Banco, de otra parte, está en mejor posición que los deudores para soportar los vaivenes (la “volatilidad” de los precios) asociados a una crisis económica. Lo usual es que los deudores se vean afectados en tiempos de crisis y tengan dificultades para pagar sus créditos; en caso de incumplimiento, se les embargan y subastan bienes, y a falta de otros interesados, se los adjudica el Banco. Lo más probable es que, tarde o temprano, los bienes recuperen su valor (quizás no cada uno de ellos, pero los bancos operan en esto a mayor escala que el deudor individual, incluso si se trata de un inversionista inmobiliario). Una correcta teoría del riesgo es endosárselo al que está en mejor posición para cubrirlo, no permitiéndole a éste (el banco) alegar su propia inactividad o torpeza. La disminución de valor de la finca debe sufrirla el banco (que ha fijado en el contrato, por acto propio, ese valor a efectos de subasta), a menos que se logre algún beneficio social claro al invertir esta regla.

En efecto, esta regla implica: i) que el costo debería ser impuesto a la parte o actividad mejor situada para hacer el análisis de costo-beneficio; ii) que en contextos particulares, esto sugiere cargar los costos a la parte o actividad que puede evitarlos del modo más barato; iii) que en ausencia de certeza respecto de quién es esa parte o actividad, los costos deberían ser cargados a la parte o actividad que puede actuar con los menores costos de transacción en el mercado a fin de corregir un error en los derechos, induciendo a aquella parte que puede evitar los costos sociales de modo más barato a que lo haga⁴².

Tal como en el caso Sorensen, la respuesta correcta es la que protege los intereses de la parte más débil. El problema de S1 es que, si bien otorga el derecho al ejecutado, no logra fundar la decisión en buenas

42. *Ibid.*, p. 356.

razones jurídicas. Su teoría no es la mejor interpretación posible del material jurídico (el conjunto de pautas o estándares aplicables al caso) que ofrece la práctica. Pero, ¿qué ocurriría si S1 fuese recurrida ante el Tribunal Supremo?; ¿Debería éste rechazarla por mal fundada o, en cambio, mantener la decisión por ser la única respuesta correcta al caso y entregar la debida justificación? Me parece que la única opción posible, a menos que dicho Juez fuese un formalista⁴³, es la segunda. La fidelidad a los valores de integridad y legalidad del orden jurídico se logra con una perspectiva sustantiva de la igualdad ante la ley.

Es obvio que en un caso como el que analizamos, la solución basada en un principio general del Derecho y en la equidad es perfectamente universalizable, tanto porque parte de una premisa general (coherencia hacia el pasado) como porque impone también un compromiso hacia el futuro. No se trata de una solución casuística ni de una interpretación discrecional. Por el contrario, se basa en estándares preestablecidos, si bien de contornos algo difusos (los principios generales del Derecho suelen operar como conceptos jurídicos indeterminados), insertando la decisión en el sistema jurídico. Es además una solución eficiente, que satisface el test de la consecuencialidad. Pero, sobre todo, me parece que la fundamentación propuesta no sólo alcanzaría para motivar la decisión de una manera aceptable, sino que también ofrece al Juez una solución "justa o, por lo menos, razonable"⁴⁴.

43. Sigo un texto de Manuel Atienza: "Cómo desenmascarar a un formalista". S2 presenta varios de los rasgos que él describe: la utilización de términos técnicos, la apelación abusiva a valores como la seguridad jurídica, el énfasis en cuestiones procesales y la pasión por el rigor lógico, etc.

44. PERELMAN, Ch.; *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit., p. 97.

INTERPRETACIÓN Y NORMAS DE COMPETENCIA *

MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA CÁCERES **

El presente trabajo ofrece argumentos en favor de la tesis según la cual las normas de competencia o normas sobre la producción jurídica son definiciones de validez jurídica, con el propósito último de mostrar que, en el marco de una interpretación del Derecho realizada en abstracto, esta interpretación de las normas complementa mejor que otras, los objetivos de coherencia metodológica y adecuación a los usos vigentes que son propios del análisis conceptual que se sitúa en cierto nivel de abstracción. El trabajo se divide en cuatro partes. En la primera de ellas, se plantea la concepción que se utilizará para la interpretación de las normas de competencia. En el marco de esta concepción, la segunda parte del trabajo expone fundadamente la tesis en cuyo favor se pretende argumentar y, con este objetivo, se ponen en línea los conceptos de normas de competencia, competencia y validez. En la tercera parte, se desarrollan cuatro argumentos en favor de la tesis según la cual las normas de competencia son definiciones de validez jurídica. Finalmente, en la cuarta parte del trabajo, se expone una breve conclusión.

* Ponencia presentada el 11 de noviembre en la IV Jornada Chileno-Argentina de Filosofía del Derecho, realizada en Valparaíso.

** Profesora de la Universidad Diego Portales.