
LA ARGUMENTACIÓN CONSECUENCIALISTA EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Flavia Carbonell Bellolio*

1. INTRODUCCIÓN

Las teorías de la argumentación jurídica surgen en la teoría del derecho como una repercusión del giro argumentativo experimentado en la filosofía del lenguaje, y como una vía intermedia entre la idea de un Juez mecanicista y un Juez arbitrario con discrecionalidad absoluta. Estas teorías proponen un amplio rango de criterios para garantizar la racionalidad y razonabilidad de las decisiones jurídicas —especialmente de las judiciales— y para permitir el control público o intersubjetivo de la aplicación del derecho.¹

* Profesora de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile (flavia.carbonell@gmail.com). Una versión anterior en inglés fue publicada en un libro colectivo por la editorial Springer: "Reasoning by Consequences: Applying Different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions" en DAHLMAN, Christian y FETERIS, Eveline (eds.), *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, Law and Philosophy Library, Springer, 2012, pp. 1-20. Agradezco el permiso de Springer Science + Business Media. Varias partes de la sección §2. son originales de esta publicación.

¹ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Del método jurídico a las teorías de la argumentación" en *Anuario de Filosofía del derecho*, III, Ministerio de Justicia-Boletín Oficial del Estado, España, 1986, pp. 151-154.

Dentro de estos criterios, el argumento consecuencialista o pragmático ha recibido especial atención. Es un argumento generalmente utilizado en el contexto de los denominados "casos difíciles" —es decir, cuando estamos frente a problemas de interpretación, relevancia, calificación o prueba, de acuerdo a la clasificación de MacCormick—² en los que el Juez requiere justificar reforzadamente su decisión, concatenando diversos argumentos. Las propuestas teóricas que estudian el argumento consecuencialista consideran distintos elementos y variables para calificar su construcción y empleo como correctos o sólidos.

Pese a que la argumentación consecuencialista no es una técnica nueva dentro de las teorías de la argumentación en general y de las jurídicas en particular, su uso en la justificación de las decisiones jurídicas y sentencias judiciales ha recibido varias críticas y ha tenido una recepción heterogénea tanto en la teoría como en la práctica. Las críticas se refieren a diversos aspectos problemáticos de los argumentos consecuencialistas, tales como la falta de respaldo suficiente para las predicciones de consecuencias futuras, la determinación de cuáles (o hasta qué) consecuencias considerar en la cadena causal, la prueba de la relación de causalidad entre un acto o decisión y sus consecuencias previsibles, los parámetros para evaluar el carácter positivo o negativo de las consecuencias, el hecho de que el carácter positivo de las consecuencias que se invoquen pueda colisionar con otros valores, intereses o bienes, y la pregunta sobre para qué o para quiénes son aquellas consecuencias favorables o desfavorables, entre otros. En el campo jurídico, se pueden agregar problemas tales como la legitimidad de los Jueces para incorporar consecuencias extrajurídicas como razones para decidir en uno u otro sentido, o la cuestión de la excesiva discrecionalidad judicial de la mano de débiles mecanismos de control

² Los primeros dos problemas están relacionados con la premisa mayor o jurídica, y los dos siguientes con la premisa menor o fáctica. Vid. MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1997, pp. 65, 72, 87-97.

cuando se hace uso de este tipo de argumentos.³ No me detendré en todos estos aspectos.⁴ Así, no me extenderé en el debate referido a si los Jueces pueden, deben o no deben emplear argumentación consecuencialista para respaldar sus decisiones. El punto de partida será que, en tanto los Jueces recurren al argumento consecuencialista en la fundamentación de sus sentencias, es relevante identificar cuáles son las herramientas teóricas que podrían ayudar a que hiciesen mejor uso del argumento. Me enfocaré especialmente en los diferentes parámetros propuestos por los teóricos del derecho para evaluar el argumento consecuencialista, indicando algunos problemas de las propuestas y ofreciendo una posible solución.

El objetivo de este artículo es realizar una comparación preliminar entre las propuestas teóricas sobre el argumento consecuencialista de tres autores —MacCormick, Wróblewski y Feteris— teniendo en cuenta que el propósito común de las teorías de la argumentación jurídica es proporcionar reglas o herramientas del buen o correcto argumentar, y construir indicadores para mejorar, modelar o guiar la práctica argumentativa. La comparación se hará empleando una sentencia del Tribunal Constitucional chileno, que servirá para identificar las fortalezas y debilidades de las propuestas.

El trabajo se estructura en tres partes. Una primera parte abordará brevemente los orígenes de este argumento (§2.1), definirá el argumento consecuencialista y tratará la

³ Dworkin se refiere a este problema cuando señala que el razonamiento basado en consecuencias ignora las decisiones judiciales y políticas pasadas y reemplaza la concepción de bienestar de la comunidad por la concepción propia del Juez. Cfr. DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, pp. 101, 152 y ss.

⁴ Para un panorama sobre los debates del argumento consecuencialista en teoría del derecho, *vid.* BENGOTXEA, Joxerramon, "Una defensa del consecuencialismo en el Derecho", *Telos, Revista Iberoamericana de estudios utilitaristas*, II, 2, diciembre 1993, pp. 31-68. Una introducción al debate del consecuencialismo – no consecuencialismo filosófico puede encontrarse en SINNOT-ARMSTRONG, Walter, "Consequentialism", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006 y SLOTE, Michael, "Consequentialism", *Encyclopedia of Ethics*, Garland, Nueva York-Londres, 1992, pp. 212-214.

cuestión del alcance de las consecuencias (§2.2), y se detendrá en una distinción relevante en el ámbito jurídico (§2.3). La segunda parte estará destinada a destacar los elementos centrales de cada una de las propuestas teóricas en torno al argumento consecuencialista (§3). La tercera parte analizará la argumentación consecuencialista en una sentencia del Tribunal Constitucional de Chile a la luz de los criterios de evaluación que propone cada uno de los autores (§4). Finalmente, se expondrán algunas conclusiones (§5).

2. SOBRE EL ARGUMENTO CONSECUENCIALISTA

El argumento consecuencialista es común a varios campos del conocimiento. Así, en el campo de la ética se esgrime para calificar una acción de buena o mala, según sus consecuencias se ajusten o no, respectivamente, al concepto de bien acuñado. En otros términos, la evaluación de las acciones o actos humanos en conformidad a sus consecuencias o efectos produce una transferencia del valor de las consecuencias —favorables o desfavorables— al acto o hecho que las genera. A estas corrientes, en ética, se les identifica como "consecuencialismo"⁵ —que se opone al deontologismo—,⁶ término acuñado por Anscombe⁷ para englobar distintas teorías

⁵ Un tratamiento en profundidad del consecuencialismo excede del objetivo de este estudio. Una recopilación de escritos y críticas sobre el consecuencialismo puede verse en SCHEFFLER, Samuel, *Consequentialism and its Critics*, Oxford University Press, Oxford, 1988.

⁶ Sobre las diferencias entre consecuencialismo y deontologismo, y sobre la estructura mínima del consecuencialismo, puede consultarse BAYÓN BAYÓN, Juan Carlos, "Causalidad, consecuencialismo y deontologismo", *Doxa*, 6, Alicante, 1989, pp. 461-500; y SINNOT-ARMSTRONG, Walter, "Consequentialism"..., *op. cit.* En el ámbito de las teorías de la argumentación, Alexy, siguiendo a Toulmin, señala que existen dos formas de argumentación. En la primera, que llama deontológica, una acción se justifica recurriendo a una regla moral vigente. En la segunda, la teleológica, la acción se justifica indicando sus consecuencias, menos dañinas que las de la alternativa en discusión. Entre estas dos formas de argumentar existe, según este autor, una semejanza estructural, que consiste en que en ambos casos se presupone la existencia de una regla. En la argumentación por referencia a una regla se presupone como verdadero un enunciado que describe las condiciones de aplicación de aquella regla. En la argumentación por referencia a las consecuencias, se presupone una regla que expresa que la producción de dichas consecuencias es obligatoria o buena. *Vid.* ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 93.

⁷ *Cfr.* ANSCOMBE, Gertrude E.M., "Modern Moral Philosophy", *The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, XXXIII, 124, 1958, pp 1-19.

morales que evalúan los actos humanos a través de sus consecuencias, o que emplean razonamientos consecuencialistas —argumento *ad consequentiam*— para justificar el valor de una acción. Generalmente, cuando se habla de consecuencialismo la referencia es al "consecuencialismo de acto" y menos frecuentemente al "consecuencialismo de regla".⁸ Especies de consecuencialismo son el utilitarismo⁹ y el pragmatismo.¹⁰

2.1. Orígenes históricos

Se ha intentado reconstruir los orígenes históricos del *argumentum ad consequentiam* destacando, por una parte, que es un argumento comúnmente utilizado y razonable, y por otra, que no es necesariamente una falacia, como muchas veces se ha considerado. El argumento consecuencialista puede ser ampliamente caracterizado como "el argumento para aceptar la verdad (o falsedad) de una proposición citando las consecuencias de aceptar dicha proposición (o de no aceptarla)".¹¹

⁸ Cfr. SLOTE, Michael, "Consequentialism"..., *op. cit.*, pp 211-214. En el primero, la rectitud u obligatoriedad de un acto depende de si sus consecuencias son al menos tan buenas como (o mejores que) aquellas de cualquier otro acto posible del agente. Dentro del consecuencialismo de acto se ubica el utilitarismo de acto, que considera que los únicos factores que permiten calificar de buenas las consecuencias son la felicidad, el placer, la utilidad, el bienestar. El consecuencialismo de regla, por su parte, postula que la moralidad de las acciones se determina por su conformidad a un conjunto de reglas que producen buenas consecuencias.

⁹ El utilitarismo de Bentham expresa magistralmente el consecuencialismo presente en el razonamiento jurídico conforme al principio de utilidad: "¿Qué es ofrecer una *buen*a razón con respecto a una ley? Es alegar el bien o el mal que la ley tiende a producir: a mayor bien, más argumentos en su favor; a mayor mal, más argumentos en su contra; recordando en todo momento que bien y mal no son nada más que placer y dolor. / ¿Qué es ofrecer una *falsa* razón? Es alegar a favor o en contra una ley algo distinto de sus efectos buenos o malos". BENTHAM, Jeremy, "Principles of Legislation", *The Theory of Legislation*, vol. I, Thoemmes Press, Bristol, 2004, p. 67.

¹⁰ Vid. MENAND, Louis, *El club de los metafísicos. Historia de las ideas en América*, Destino, Madrid, 2002, pp. 343-381; i. q. JAMES, William, "The Pragmatic Method", *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, 1, 25, 1904, pp. 673-687. DEWEY, John, "The Realism of Pragmatism", *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods* 2, 12, 1905, pp. 324-327 y, del mismo, "What Does Pragmatism Mean by Practical?", *Ibidem*, vol. 5, núm. 4, 1908, pp. 85-99, y "The Pragmatism of Peirce", *Ibidem*, 13, pp. 709-715.

¹¹ WALTON, Douglas, "Historical Origins of Argumentum ad Consequentiam", *Argumentation*, vol. 13, 1999, p. 252.

Los orígenes de este argumento se remontan a Aristóteles, quien lo trata tanto en los *Tópicos* como en la *Retórica*. En el primer texto señala que el argumento de las consecuencias es una forma particular de inferencia dentro del razonamiento práctico deliberativo,¹² mientras que en el segundo lo ubica dentro de los lugares comunes generales de los entimemas como un argumento de persuasión retórica.¹³ De esta forma, el argumento consecuencialista se presenta en dos contextos diversos: el de deliberación y el de persuasión,¹⁴ y su uso variará en cada uno de ellos.

La inclusión del argumento consecuencialista en el catálogo de falacias —que aparentemente se habría hecho a fines del siglo XIX en los libros de lógica— se debe a una confusión entre este tipo de argumento y la "falacia de lo que sigue" o "falacia de afirmación del consecuente" (*fallacy of consequent*), a la que Aristóteles se refiere en las *Refutaciones Sofísticas*. Esta falacia formal radica en que se considera que la consecuencia es reversible, y lo que Aristóteles refuta es que siempre se pueda

¹² Dice Aristóteles que "... cuando dos cosas son muy próximas una a otra y no podemos percibir ninguna superioridad de la una respecto a la otra, hay que verlo a partir de sus consecuencias. En efecto, aquello a lo que sigue un bien más grande es también más deseable; y si las consecuencias son malas, es preferible aquello a lo que sigue un mal menor; pues, aun siendo ambas cosas deseables, nada impide que tengan alguna consecuencia inconveniente [...] Tomar, pues, de las consecuencias, aquella que sea útil". ARISTÓTELES, *Tópicos*, 117a 5-15. Este argumento de las consecuencias se encuentra dentro de los lugares del accidente —es decir, lo que puede darse y no darse en una misma cosa— específicamente, dentro de los lugares de lo preferible.

¹³ "Otro [lugar común] es el de que, puesto que la mayoría de las veces ocurre que a una misma cosa siga un bien y un mal, sea por las consecuencias por lo que se aconseje o disuada, se acuse o defienda y se elogie o censure [...] Cuando hay que aconsejar o disuadir a propósito de dos cosas opuestas, otro [lugar] consiste en hacer uso, para ambas cosas, del lugar común citado antes. La diferencia consiste, sin embargo, en que, allí, los términos están contrapuestos por casualidad, mientras que, aquí, son contrarios [...] Y en esto consiste la 'bláísisis': cuando a cada uno de dos contrarios sigue un bien y un mal, [conviene contraponer] cada uno de los contrarios a cada uno de los otros". ARISTÓTELES, *Retórica*, 1399a 11- 1399a 29 (el destacado es mío).

¹⁴ Cfr. WALTON, Douglas, "Historical Origins...", *op. cit.*, p. 255. Dewey señala que es característico del razonamiento deliberativo el recurso a las consecuencias: "La deliberación genuina procede estableciendo y examinando cursos alternativos de actividad y considerando sus respectivas consecuencias. Este hecho esclarece la naturaleza funcional de las proposiciones disyuntivas e hipotéticas..." DEWEY, John, *Lógica. Teoría de la investigación*, FCE, México, 1950, p. 193.

invertir el condicional en las inferencias.¹⁵ Esta falacia es, como queda de manifiesto, distinta al argumento consecuencialista, que Aristóteles no sólo acepta, sino que considera razonable emplearlo.

A pesar de ello, autores como Rescher incluyen el *argumentum ad consequentiam*, es decir, el recurso a las consecuencias, como subespecie de la falacia de la relevancia,¹⁶ señalando que "lógicamente hablando, es completamente irrelevante que ciertas consecuencias indeseables puedan derivarse del rechazo de una tesis, o ciertos beneficios de su aceptación".¹⁷

¹⁵ Aristóteles describe y ejemplifica esta falacia de la forma siguiente: "La refutación [aparente] en función de lo que se sigue [se da] por creer que la consecuencia es reversible; en efecto, cuando, al existir esto, necesariamente existe aquello, también —creen algunos, al existir lo segundo, existirá necesariamente lo primero. De aquí surgen errores que envuelven la opinión a partir de la sensación: muchas veces se ha tomado la bilis por miel, debido a que el color amarillento acompaña a la miel; y como ocurre que, al llover, la tierra queda empapada, si está empapada se supone que ha llovido; pero ello no es necesariamente así. Y, en retórico, las demostraciones de acuerdo con el signo proceden de aquello que se deriva de la cosa en cuestión: pues, si se quiere mostrar que alguien es adúltero, se toma lo que de ello se sigue, a saber, que se adorna con afectación o que se le ve vagar de noche. Pero en muchos individuos se da esto y, en cambio, no se da lo predicado". ARISTÓTELES, *Refutationes Sofísticas*, 167b 1-13. Este tipo de razonamiento falaz o desviado se incluye en aquellos que se encuentran al margen de la expresión y específicamente, dentro de aquellas refutaciones en razón del accidente.

¹⁶ En la falacia de la relevancia, que es una falacia informal, las premisas no son suficientemente relevantes lógicamente para la verdad de su conclusión, y la relación entre las premisas y la conclusión se produce casi completamente por la impresión psicológica creada por las premisas, y no por la información que proporcionan. RESCHER, Nicholas, *Introduction to Logic*, St. Martin's Press, Nueva York, 1964, p. 78. Que sea una falacia informal significa que es el contenido de las premisas lo que hace que el razonamiento sea equivocado o falaz, y no su forma lógica.

¹⁷ *Ibidem* p. 82. Los autores de la aproximación pragmatológica señalan que el argumento consecuencialista no siempre es permisible o apropiado para probar una aserción. Así, puede serlo cuando la proposición en que se expresa la causa y aquella en que se expresa el efecto son ambas apropiadas; por ejemplo, cuando se trata de optar por un curso de acción que tenga consecuencias positivas. No es permisible, en cambio, cuando hay que probar una aserción (proposición descriptiva) señalando los efectos indeseables de la aserción (proposición evaluativa), ya que se confunden hechos y valores. En este caso, el examen de las implicaciones de una aserción es un esquema inapropiado de argumentación conocido como *argumentum ad consequentiam*. Los autores lo definen como el uso de un esquema de argumentación (causal) inadecuado que consiste en rechazar un punto de vista descriptivo debido a sus consecuencias indeseables, y constituye una violación a la séptima regla de discusión racional: "Una parte no puede considerarse un punto de vista concluyentemente defendido si la defensa no tiene lugar a través de un esquema de argumentación adecuado que sea correctamente aplicado". EEMEREN, Frans H. van, y GROOTENDORST, Rob, *Argumentation, Communication and Fallacies. A Pragma-Dialectical Perspective*, Lawrence Erlbaum, Hillsdale N.J., 1992, pp. 162, 209 y 212.

2.2. Concepto, clasificaciones, alcances

Entenderé por argumento consecuencialista aquel que toma en cuenta las consecuencias positivas o negativas que podría generar una determinada decisión jurídica como razón para apoyar o rechazar dicha decisión. Merece la pena destacar dos elementos de esta definición. Primero, las consecuencias son expuestas como razones para apoyar o, la mayoría de las veces, para rechazar una decisión que tiene consecuencias inaceptables, dañinas o desfavorables bien para el sistema jurídico, bien para la sociedad; es decir, las consecuencias son un factor para adoptar una decisión. Segundo, esas consecuencias que actúan como razones para decidir son futuras e hipotéticas, en el sentido de que razonan sobre la base de una hipótesis, que consiste en un hecho que previsiblemente ocurrirá en el futuro de adoptarse una determinada decisión, pero respecto del cual no existe certidumbre. Pero se trata de un razonamiento hipotético no probabilístico,¹⁸ a diferencia de la argumentación en materia de hechos en que sí puede existir un cálculo de probabilidades de ocurrencia de los hechos pasados bajo examen. Las consecuencias se plantean como suposiciones, y no se respaldan ni por grados de probabilidad, ni son corroborables científicamente o falseables, sino que normalmente, se justifican como hipótesis del sentido común.¹⁹

En lo que sigue, usaré como intercambiables las expresiones "razonamiento consecuencialista", "argumento consecuencialista", "argumentación a partir de consecuencias", "argumento pragmático", "razonamiento basado en consecuencias".²⁰

¹⁸ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, IIJ, México, 2003, p. 124.

¹⁹ Cfr. BENGOTXEA, Joxerramon, "Una defensa..." *op. cit.*, pp. 45 y 46.

²⁰ Esta última expresión la tomo de Peter Cserne.

Circunscribiré el análisis a las decisiones judiciales como caso paradigmático de las decisiones jurídicas.

El estudio de este argumento se ha hecho bajo diversas etiquetas. Perelman, Ost y Ezquiaga²¹ lo estudian como "argumento pragmático", mientras que MacCormick y Bengoetxea²² como "argumento consecuencialista". Pero como no todos lo consideran un argumento autónomo, también es analizado dentro del argumento teleológico o finalista, o como una especie de argumento de reducción al absurdo. Aquí se considerará como un argumento independiente,²³ a pesar de que en algunos casos pueda combinarse con el contenido o forma de otros tipos argumentales.

Perelman fue uno de los primeros teóricos de la argumentación en estudiar el argumento pragmático, ubicándolo dentro de los argumentos basados en la estructura de lo real, es decir, aquellos que se presentan conformes a la naturaleza misma de las cosas y a partir de la cual establecen una solidaridad entre juicios ya

²¹ Vid. OST, François, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur" en *zx(ed.)*, *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 139-140, y EZQUIAGA, Francisco J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, HAAE/IVAP, Oñate, 1987, p. 262.

²² Vid. MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning...*, *op. cit.*, pp. 129 y ss., y BENGOETXEA, Joxerramon, "Una defensa...", *op. cit.* Bengoetxea define los argumentos consecuencialistas como aquellos que "se centran en los resultados a los que presumiblemente llevarían una u otra decisión (entre las jurídicamente posibles) en el entorno social en que opera el derecho, y en este sentido suponen una negación de la autonomía radical del sistema jurídico, de su carácter autopoiético. La actividad judicial recurre a otros tipos de racionalidad además de la jurídico-formal", tales como la de los sistemas social, económico, cultural, político y moral. *Ibidem*, p. 37.

²³ Creo acertada la afirmación de Ross en orden a que la interpretación pragmática no puede identificarse con la teleológica, que atiende a la finalidad o propósito de una ley, porque ésta es demasiado restringida. Argumenta de la siguiente forma: primero, el fin de una actividad, aun suponiendo que pueda establecerse de forma inequívoca, no es la única guía de la actividad, sino que deben adoptarse enfoques valorativos más amplios; segundo, a menudo es difícil establecer inequívocamente el propósito de una ley; tercero, a veces esto último es imposible. *Cfr.* ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3a. ed., Eudeba, Argentina, 2005, pp. 182 y 183.

admitidos y otros que se intenta promover.²⁴ Específicamente, se trata de una argumentación estructurada a través de un nexo causal —enlace de sucesión— que procura evidenciar el efecto que debe resultar de cierto hecho o acontecimiento. Así, del efecto hacia la causa —en una relación ascendente— se efectúa una transferencia de valor que hace aumentar o disminuir la creencia en los efectos de un hecho.

El argumento pragmático es "aquel que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables".²⁵ Las consecuencias pueden ser presentes o futuras, observarse o simplemente preverse, pueden estar aseguradas o ser puramente hipotéticas. Este tipo de argumento tiene una importancia directa para la acción, ya que no requiere, para que lo admita el sentido común y según estos autores, justificación alguna, sino que basta con demostrar la superioridad de una conducta partiendo de la utilidad de sus consecuencias. Por ello, sostienen, sólo puede desarrollarse a partir del acuerdo sobre el valor de las consecuencias.²⁶

Sin embargo, quienes argumentan en contra de este argumento dicen que es la verdad lo que debe preconizarse en tanto valor absoluto, independientemente

²⁴ Los argumentos basados en la estructura de lo real se distinguen de los argumentos cuasi-lógicos, que son los que derivan su validez de su relación más o menos estrecha con determinadas fórmulas lógicas. Al respecto, *vid.* PERELMAN, Chaim, y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 2000, pp. 303 y ss.

²⁵ *Ibidem* p. 409.

²⁶ Esta no es una afirmación pacífica. Hay que tener en cuenta que es precisamente el desacuerdo valorativo el que impide elegir una interpretación en un primer test de consistencia y coherencia. El desacuerdo, por tanto, persistirá en esta segunda fase de argumentación consecuencialista, y lo importante serán las razones o argumentos que se den para justificar el valor en que se funda la decisión.

de sus consecuencias. Para ellos, los valores morales o religiosos, las reglas de lo verdadero y falso, del bien y el mal, de lo oportuno y de lo inoportuno se reconocen con independencia de sus consecuencias actuales e inmediatas.²⁷

Por otra parte, estos autores distinguen entre las relaciones hecho-consecuencias y medio-fin. Si se quiere minimizar un efecto, basta presentarlo como una consecuencia, y en este caso la relación causal pertinente es la de "hecho-consecuencia" (unicidad del hecho –pluralidad de consecuencias); si se quiere aumetar la importancia de un efecto, hay que presentarlo como un fin, caso en el cual es útil la relación "medio-fin" (unicidad del fin –multiplicidad de medios). Es decir, no siempre los fines coinciden con las consecuencias. Puede que una consecuencia imprevisible, por ejemplo, sea contraria al fin perseguido. Lo anterior revela dos críticas al argumento pragmático: el valor de las consecuencias no es una magnitud fija —por lo que no siempre existe acuerdo sobre aquél— y se produce la descalificación del argumento en tanto aparece únicamente como medio con miras a obtener resultados. Una dificultad adicional del argumento pragmático es que existe una multiplicidad divergente y "casi infinita de consecuencias posibles de un acto". En estos casos, el Juez suele interrumpir la cadena de las consecuencias, y apela a aquellas previsible, normales o razonables. Esto quiere decir que el balance de las consecuencias posibles de dos o más decisiones muy raras veces es completo, ya que concurren muchas consecuencias favorables y desfavorables, y es difícil decidir cuáles son las relevantes y cómo ponderarlas.²⁸

²⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 411 y 415.

²⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 414 y 417.

Una distinción importante es la introducida por MacCormick, que diferencia entre consecuencias y resultado de una decisión. El resultado es el producto necesario de una acción, y dentro del ámbito de la decisión judicial, se identifica con la condena, absolución, declaración de un derecho, o prohibición de una conducta. Es decir, el resultado de la acción judicial consiste en producir una norma válida dentro del sistema y este resultado debe justificarse. Las consecuencias, por el contrario, son un factor en la justificación de la decisión.²⁹

Las consecuencias van, de esta forma, más allá del resultado y pueden, a su vez, estar causalmente conectadas con aquél, o ser más bien remotas. Las consecuencias causales son las que la decisión causa por sí misma.³⁰ Desde otro punto de vista, las consecuencias pueden ser jurídicas, económicas, sociales o políticas. Como se verá más adelante, MacCormick se centra en las primeras, que denomina también consecuencias como implicaciones lógicas.

El alcance de las consecuencias reconduce a dos problemas: por una parte, cuáles consecuencias de la cadena causal deben considerarse y hasta dónde debe extenderse esta consideración, y por otra, si el intérprete debe sólo considerar las consecuencias del caso particular o también debe tener presente los efectos de

²⁹ Vid. MACCORMICK, Neil, "On Legal Decisions and their Consequences: From Dewey to Dworkin", *New York University Law Review*, vol. 2, núm. 58, 1983, pp. 246 y ss.

³⁰ Una consecuencia causal sería—y siguiendo la ejemplificación del propio MacCormick—la desesperación de la parte a la que se le condena a pagar una alta suma de dinero; consecuencias remotas son aquellas que encuentran en la decisión una condición o precondition, como lo sería, en el ejemplo, que a causa de la desesperación, la parte vencida se vuelva alcohólica.

universalización³¹ que la consideración de dichas consecuencias produce en el sistema jurídico.³²

Respecto de la extensión temporal de las consecuencias o hasta dónde considerarlas —consecuencias inmediatas o a corto plazo y consecuencias a largo plazo—, Perelman señala que esto es algo que el intérprete tendrá que determinar según la relevancia que dicha consideración pueda tener en la decisión del caso, intentando evitar que se destruya la posibilidad de transferencia de valor desde el efecto a la causa.³³ Pese a que se trata de límites borrosos y difíciles de establecer, creo que en general debe atenderse a las consecuencias causales a corto plazo para no desfigurar este argumento.³⁴

2.3. Tipos de consecuencias

A más de las clasificaciones mencionadas —consecuencias causales y remotas, favorables y desfavorables, previsibles y ciertas— y siguiendo las sugerencias

³¹ La universalización o universalidad consiste en que el Juez que adopta una decisión en un caso concreto debe estar dispuesto a dar la misma solución a todos los casos futuros que se le presenten y que tengan análogas propiedades relevantes. Sobre la regla de universalidad, *vid.* PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992, pp. 163-169 y ALEXI, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1989, p. 187. La universalización hacia el futuro se relaciona con el autoprecedente, entendido como la "adopción de soluciones uniformes por parte de un mismo aplicador del Derecho", que constituye "una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en esa exigencia de la justicia formal que es el requisito de la universalización". GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 37-38.

³² Gottlieb distingue entre la consideración de las consecuencias de una decisión —que comprende sólo a las partes de la controversia— y aquellas que enuncian una regla o principio particular —donde lo importante es el uso y alcance prospectivo de aplicación de la regla formulada. GOTTLIEB, Gidon., *The Logic of Choice, An Investigation of the Concept of Rule and Rationality*, George Allen & Unwin Ltd., Londres, 1968, p. 76.

³³ *Cfr.* PERELMAN, Chaim, y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 414.

³⁴ Bengoetxea expone este mismo problema a propósito de las consecuencias como repercusiones de la decisión. Puede ser que esta apelación futura de las consecuencias difiera dependiendo del ámbito en que se empleen. BENGOTXEA, Joxerramon, "Una defensa...", *op. cit.*, pp. 44-45. Por otra parte, el problema de la relación de causalidad entre el acto y la consecuencia es un tema demasiado amplio y complejo como para ser expuesto aquí. Baste con señalar que han habido extensos estudios sobre la causalidad en el derecho. Véase la doble perspectiva filosófica-jurídica y dogmática que se recoge en Hart y Honoré.

de algunos autores,³⁵ se puede distinguir entre consecuencias jurídicas y extra-jurídicas.

Consecuencias jurídicas son los efectos de una decisión dentro del sistema jurídico. En este sentido, el uso del argumento de consecuencias jurídicas mira hacia la consistencia y coherencia de una decisión con la Constitución y con el resto de normas del sistema jurídico y, al mismo tiempo, intenta evitar vacíos normativos y desregulación. Así, la argumentación consecuencialista aparece frecuentemente junto con otros argumentos basados en la coherencia, y se usa principalmente para rechazar soluciones que producen efectos incoherentes con el sistema jurídico considerado como un todo o con los principios específicos de una determinada rama del derecho.³⁶ Algunos ejemplos del uso del argumento consecuencialista son: evitar inseguridad jurídica; evitar vacíos normativos; evitar vaciar de contenido una competencia jurídica; evitar lesionar derechos de terceros de buena fe; y rechazar la invocación genérica de daños futuros.³⁷

Por otra parte, *consecuencias extrajurídicas* son las repercusiones que una decisión jurídica produce en la realidad social extrajurídica o fuera del sistema

³⁵ Bengoetxea hace esta distinción con otra terminología, distinguiendo entre aquellos que se refieren a los resultados o repercusiones (en el comportamiento) que podrían seguirse de la decisión judicial en el ámbito del Derecho, por ejemplo en la economía o en el derecho como sistema social o en otros sistemas; y aquellos que se refieren a las posibles implicancias jurídicas de una decisión jurídica al interior del sistema jurídico (BENGOETXEA, Joxerramon, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Clarendon, Oxford, 1993, pp. 256 ss). *Vid.* también la distinción entre consecuencias jurídicas (*judicial consequences*) y consecuencias en el comportamiento (*behavioural consequences*) en MACCORMICK, Neil, "On Legal Decisions and Their Consequences...", *op. cit.*, p. 251. También podrían considerarse análogas las categorías de consecuencias "normativas" y "fácticas" dentro de la trilogía propuesta por WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Justification Through Principles and Justification Through Consequences" en FARRALI, C., y PATTARO, E., *Reason in Law*, Giuffrè, Milan, 1984, pp. 151 y ss.

³⁶ *Cfr.* BENGOETXEA, Joxerramon, "Una defensa...", *op. cit.*, p. 48.

³⁷ Estos tipos de argumentos provienen del análisis de un conjunto de sentencias del Tribunal Constitucional español que realicé hace algunos años. Siguiendo el orden del texto, estas sentencias son: STC 45/1989, de 20 de febrero; STC 195/1998, de 1 de octubre; STC 75/1984, de 27 de junio; STC 37/1981, de 16 de noviembre; STC 178/2004, de 21 de octubre; STC 184/2004, de 2 de noviembre.

jurídico. Dentro de ellas pueden distinguirse consecuencias económicas, sociales y políticas. Al igual que el argumento sobre consecuencias jurídicas, el argumento sobre consecuencias extrajurídicas se usa comúnmente en su variante negativa. Es decir, se incorpora en el razonamiento judicial para justificar el rechazo de una posible decisión por sus consecuencias indeseables o desfavorables. Algunos ejemplos de consecuencias extrajurídicas son: las consecuencias económicas, para el gobierno local, de revisar o anular un permiso de edificación o algún otro acto administrativo urbanístico; el impacto en el erario fiscal derivado de la obligación del Estado de devolver impuestos pagados en virtud de una norma tributaria declarada nula; las variaciones producidas por una decisión referida a la política estatal económica y financiera; los efectos políticos negativos del incumplimiento de obligaciones o de reversión de compromisos internacionales; la alteración de la lógica del sistema democrático; y las consecuencias sociales producidas por cambios introducidos en materia laboral que afectan la política de empleo.³⁸

La relevancia de distinguir entre estos dos tipos de consecuencias es doble. En primer lugar, el argumento que hace uso de consecuencias jurídicas es menos controvertido que aquel que hace uso de consecuencias extrajurídicas. Esto es así, ya que las consecuencias jurídicas generalmente se articulan, en los discursos justificatorios de adjudicación del derecho, con otros elementos del sistema jurídico que son fácilmente identificables o cuya pertenencia al sistema y su importancia no son controvertidas. Nadie negaría, por ejemplo, que la seguridad jurídica es una finalidad importante para los sistemas jurídicos —aun cuando se trata de una expresión vaga que pueda ser entendida de formas diversas. Por el contrario, es una

³⁸ Estos ejemplos se toman del estudio mencionado en la nota anterior. Siguiendo el orden del texto, estas sentencias son: STC 54/2002, de 27 de febrero; STC 13/1992, de 6 de febrero; STC 155/2005, de 9 de junio; ATC 135/2004, de 20 de abril; STC 22/1981, de 2 de julio.

cuestión debatida si los efectos positivos o negativos de un principio o valor social, económico o político pueden ser usados para adoptar o rechazar una determinada decisión. Así, por ejemplo, no es claro si la "estabilidad económica" puede ser invocada en una decisión como razón para decidir en uno u otro sentido —e incluso es menos claro que sean los Jueces los facultados para realizar este balance de valores, principios o intereses— pese a que pareciese, a primera vista, un estado positivo y deseable para una sociedad. Más aún, el análisis sería incompleto si se argumenta que la estabilidad económica es deseable, sin considerar si existe o no otro principio jurídico o un interés jurídicamente protegido que esté siendo derrotado, inaplicado o desplazado por la consecuencia extrajurídica favorable que podría producir la decisión. Más claramente, el problema de las consecuencias extrajurídicas en la argumentación judicial es que la justificación de la deseabilidad o carácter positivo de aquéllas no es una cuestión autoevidente o incontrovertida. En muchas ocasiones este argumento se reviste de sentido común o de autoridad, lo cual esconde tanto la existencia de un desacuerdo fundamental en la materia como las razones que realmente justifican la decisión.³⁹

En segundo lugar, la distinción es también útil para identificar criterios de evaluación del argumento consecuencialista que son problemáticos, especialmente cuando se aplican a las consecuencias extrajurídicas, y para recalcar la necesidad de tener tanto criterios comunes como diferenciados para cada tipo de consecuencias.⁴⁰ Ello no implica negar que, en algunos casos, no exista una línea divisoria

³⁹ Cfr. BELL, John, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Clarendon, Oxford, 1983, p. 36.

⁴⁰ Me parece que esta es la propuesta de Bengoetxea. Algunos de los criterios comunes para evaluar las consecuencias jurídicas son la unidad entre las partes del argumento, la consistencia o ausencia de contradicciones entre los elementos del argumento, la coherencia del argumento en el sistema jurídico, y la completitud, es decir, que el argumento da cuenta de todas sus premisas. Criterios propios para la evaluación de consecuencias jurídicas son: la equidad sustantiva, los fines y objetivos de la norma o rama del derecho, valores institucionales, principios

clara entre consecuencias jurídicas o extrajurídicas, o estas últimas son reconducidas a principios o normas jurídicas.

3. PROPUESTAS TEÓRICO-JURÍDICAS SOBRE EL ARGUMENTO CONSECUENCIALISTA

Teniendo en cuenta el concepto de argumento consecuencialista y la distinción entre consecuencias jurídicas y extrajurídicas, las siguientes secciones expondrán los principales puntos del razonamiento basado en consecuencias en los tres autores bajo estudio: MacCormick, Wróblewski y Feteris.

3.1. La teoría de MacCormick

En la teoría de MacCormick, el argumento consecuencialista actúa en el segundo nivel de justificación, en el que se lleva a cabo la fundamentación material de las premisas normativa y fáctica. Este segundo orden de justificación tiene lugar cuando el primer orden de justificación (silogismo deductivo) es insuficiente para resolver un caso difícil. Tres son los elementos que cumplen un rol importante en este segundo nivel: consistencia, coherencia y consecuencias de las decisiones alternativas. Los primeros dos requisitos expresan la necesidad de que la decisión tenga sentido

constitucionales o principios generales del derecho. Las consecuencias extrajurídicas, por su parte, se evalúan a través de criterios axiológicos tales como la estabilidad económica, buenas relaciones internacionales y la protección del estado de bienestar de la sociedad o de cierto grupo social. El problema es, precisamente, que siendo las consecuencias hipotéticas, no hay posibilidad de una evaluación empírica cuando son usados como argumento; por el contrario, su evaluación siempre se hace *a priori* y abstractamente, lo que impide el control racional de esas hipótesis. Cfr. BENGOTXEA, Joxerramon, "Una defensa...", *op. cit.*, pp. 46 y ss.

con relación al sistema, mientras que el último busca que la decisión tenga sentido con el mundo perceptible, es decir, que sea aceptable.⁴¹

MacCormick está especialmente interesado en la justificación de segundo nivel porque si las premisas están bien justificadas, la deducción formalmente correcta a partir de las premisas producirá una conclusión, interpretación o decisión justificada o racional. Las consecuencias son incorporadas en la teoría como una manera de recordar que las decisiones jurídicas, particularmente las judiciales, no impactan sólo en la fisonomía del sistema jurídico, sino también —o quizás principalmente— de manera directa en las personas y en otras dimensiones o subsistemas de la sociedad.

Siguiendo una sugerencia de Rudden, el autor escocés distingue entre consecuencias jurídicas y en el comportamiento. Consecuencias jurídicas, o consecuencias con implicancias lógicas relevantes para la justificación jurídica, son aquellas que tienen efectos dentro del sistema jurídico. Consecuencias en el comportamiento, por otra parte, son aquellos efectos que las decisiones producen en el mundo, en el comportamiento de los sujetos y en el de la economía y sociedad.⁴²

Hay otros aspectos importantes en los escritos de MacCormick sobre consecuencias. De acuerdo a su visión, algunos tipos y rangos de consecuencias son *necesarios y relevantes* en la justificación de decisiones y debiesen incluirse en ellas. Esto se explica porque su propuesta se ubica en una vía intermedia entre dos posiciones extremas: la justificación basada exclusivamente en consecuencias —siendo

⁴¹ *Cfr.* MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning...*, *op. cit.*, p. 132.

⁴² *Cfr.* MACCORMICK, Neil, "On Legal...", *op. cit.*, p. 251.

el principal criterio aquí la *ratio* costo-beneficio— y la justificación que garantiza la naturaleza y la calidad de la decisión.⁴³

Sin embargo, la incorporación de consecuencias en el razonamiento judicial no puede ignorar una regla central en la argumentación jurídica: "tiene que ser siempre posible enmarcar la respuesta jurídica en términos del derecho, a través de la interpretación de leyes o precedentes, o de principios jurídicos desarrollados por medio de la reflexión sobre el derecho considerado como un orden normativo casi coherente". En esta línea, un requisito básico del razonamiento jurídico es mostrar que la decisión "no contradice normas jurídicas válidamente establecidas". Un segundo requisito es mostrar que la decisión se encuentra respaldada por principios jurídicos instituidos. Cuando ambos requisitos no son suficientes o concluyentes en favor de una única decisión, entonces la consistencia y la coherencia requieren ser complementadas por el argumento basado en consecuencias.⁴⁴

Junto con los requisitos recién mencionados, el proceso justificatorio debería conducir a la universalización de las razones de la decisión, que es una manera de realizar la justicia formal o el carácter igualitario de la *rule of law*.⁴⁵ El requisito de universalización también se aplica al razonamiento consecuencialista, lo que significa que un criterio de evaluación debiese ser su capacidad para ser universalizado, es

⁴³ Cfr. MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning...*, *op. cit.*, pp. 101-102.

⁴⁴ Cfr. MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 101 y 104.

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 230-231. La uniformidad en las decisiones judiciales es un requerimiento de consistencia y coherencia del sistema jurídico, y al mismo tiempo una expresión de la regla de justicia que "exige tratar de igual manera a los que son esencialmente similares". Perelman lo llama la regla de justicia formal "porque no nos dice cuándo los seres son esencialmente similares ni cómo debemos tratarlos" PERELMAN, Chaim, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1977, pp. 81-82.

decir, de transformarse en una norma general del sistema.⁴⁶ En igual sentido, debiese entenderse la afirmación de MacCormick que sostiene que las consecuencias relevantes son aquellas que se basan en reglas generales y no solo en los efectos específicos producidos por la decisión en las partes.⁴⁷

Finalmente, MacCormick identifica la cuestión de la determinación de los criterios para evaluar las consecuencias como una "trampa" del consecuencialismo. Sin distinguir entre consecuencias jurídicas y en el comportamiento, dice que este examen debiese hacerse a la luz de criterios tales como "justicia", "sentido común", "política pública" y "conveniencia".⁴⁸ Así, la evaluación considera una pluralidad de valores que el derecho espera lograr, y no solo utilidad o una relación costo-beneficio. Es por ello que el argumento consecuencialista no puede ser sin más asimilado al razonamiento utilitarista. La evaluación de consecuencias se hace no solo a partir de una pluralidad de valores sino que, en palabras de este autor, es al menos en parte subjetiva, ya que diversos Jueces pueden atribuir pesos o importancia distinta a los diferentes criterios de evaluación. Incluso se plantea la siguiente cuestión: ¿pueden estos criterios ser reconducidos a una medida única o debiésemos aceptar que son inconmensurables? Esta pregunta, sin embargo, se deja sin respuesta clara. Existen valores, argumenta, que son "imperfectamente conmensurables incluso situacionalmente"; por otra parte, hay casos controvertidos irresolubles donde el desacuerdo es razonable.⁴⁹ La sugerencia parece ser que, en estos últimos casos, los Jueces pueden justificar sus decisiones en distintas direcciones, y la forma lógica,

⁴⁶ Wróblewski dice que aunque pueda ser cuestionada la idea de que la universalidad es expresión de la racionalidad de la argumentación, la universalidad puede, no obstante, ser entendida como una exigencia de su legalidad. *Cfr.* WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Justification...*, *op. cit.*, pp. 160-161.

⁴⁷ *Cfr.* MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning...*, *op. cit.*, p. 150.

⁴⁸ *Idem.*, y tb. MACCORMICK, Neil, "On Legal...", *op. cit.*, p. 255.

⁴⁹ *Cfr.* MACCORMICK, Neil, *Rhetoric...*, *op. cit.*, p. 117.

la universalidad y la completitud constituyen requisitos argumentativos básicos que solo garantizan un mínimo de corrección.

3.2. La teoría de Wróblewski

Conviene comenzar notando que Wróblewski usa el término "consecuencias" para describir dos operaciones diversas: la "elección de consecuencias" y la "justificación a través de consecuencias". El primer uso se refiere a la competencia que ciertas normas confieren a los Jueces para individualizar las consecuencias de sus decisiones, quedando esta determinación dentro de sus poderes discrecionales por reconocimiento expreso del sistema jurídico.⁵⁰ El ejemplo típico son las normas penales que permiten a los Jueces decidir los años de privación de libertad dentro de un rango. No obstante, el ejercicio de esta competencia no involucra necesariamente razonamiento basado en consecuencias, sino que es simplemente el ejercicio de una facultad legal.

El segundo uso que Wróblewski hace del término "consecuencias" es el que aquí interesa. La justificación que recurre a consecuencias, explica este autor, es una justificación que incluye consecuencias entre las razones que respaldan la decisión o, en otras palabras, un razonamiento que justifica una decisión o una acción mediante la evaluación de sus consecuencias.⁵¹ Wróblewski distingue este tipo de justificación de la justificación a través de principios, en la que el principio es la *ultima ratio* de la decisión. A pesar de ello, ambos tipos de justificación están interrelacionados en tres sentidos: primero, porque la clasificación de consecuencias

⁵⁰ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of the Law*, Kluwer, Dordrecht, 1992, pp. 189 y ss.

⁵¹ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Justification through...", *op. cit.*, p. 191

se basa en la categoría de los principios; segundo, ya que "se necesita una justificación a través de consecuencias cuando los principios utilizados en la justificación se refieren a consecuencias, o cuando la elección entre esos principios dependen de la evaluación de sus consecuencias"; y tercero, porque es probable que operen conjuntamente, especialmente en los casos difíciles.⁵²

Wróblewski clasifica las consecuencias en lógico-semióticas, normativas y fácticas.⁵³ Esta clasificación se relaciona con tres tipos de principios: a) principios como reglas de razonamiento justificativo, o PRR, por ejemplo, principios de la lógica, retórica, argumentación, *topoi*; b) principios como normas promulgadas y sus consecuencias formales o interpretativas consideradas como reglas válidas relevantes, o PN; y c) principios como reglas relacionadas con normas promulgadas, pero que no son ni sus consecuencias formales ni interpretativas (las razones de las normas o sus fundamentos axiológicos, o PR).

Así, las *consecuencias lógico-semióticas* son las que se infieren de las reglas o decisiones de acuerdo con los principios en tanto reglas de razonamiento justificativo (PRR). Consecuencias formales (es decir, aquellas inferidas de normas a través de un cálculo lógico-formal) y consecuencias interpretativas (aquellas que son el resultado de la interpretación de normas promulgadas) son ejemplos de esta categoría. Las *consecuencias normativas* son de dos tipos: a) consecuencias lógico-semióticas consideradas como reglas válidas de acuerdo al concepto aceptado de validez o a una regla de reconocimiento; y b) consecuencias de reglas o decisiones en términos de derechos, obligaciones u otras modalidades atribuidas a sujetos, o

⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 156.

⁵³ Cfr. *Ibidem*, pp. 151 y ss.

que cualifiquen su comportamiento. Por último, están las *consecuencias fácticas* de reglas y decisiones identificadas o analizadas en un nivel socio-psicológico empírico, y que son las que tienen una dimensión espacio-temporal. Este último tipo pertenecería a la categoría que he denominado consecuencias extrajurídicas.

En su análisis, Wróblewski asume que "la justificación debiese incluir *inter alia* una referencia a una regla jurídica válida, a los hechos, y a evaluaciones, y que las reglas de razonamiento y las premisas de la decisión que se usen pudiesen ser controladas".⁵⁴ Este presupuesto es relevante, toda vez que supone distintas elecciones, por ejemplo, la determinación de los criterios de validez de las normas jurídicas y la decisión de incorporar valoraciones en el proceso de justificación jurídica.

También refuerza la idea de explicitar en la decisión los diversos elementos en juego con el objetivo de permitir su control. Las elecciones, a su vez, revelan opciones teóricas (por ejemplo, cómo se entiende el sistema jurídico) o incluso una ideología, en palabras de este autor. El marco teórico de Wróblewski para analizar la justificación contiene elecciones y se funda en dos valores básicos: la legalidad y la racionalidad. La legalidad implica que la decisión sea conforme a derecho, es decir, que "a) la decisión no crea derecho, sino que lo aplica; b) el alcance del derecho es determinado, y c) la decisión implementa la axiología del derecho aplicable".⁵⁵ La racionalidad se refiere a las condiciones formales para la justificación interna y externa, que son consistencia entre las premisas y la decisión, consistencia de las premisas y consistencia entre las premisas y su justificación.⁵⁶

⁵⁴ *Ibidem*, p. 140.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 158-159.

⁵⁶ *Cfr.* WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie*, vol. 5, 1974, pp. 33-46. En "Justification through...", *op. cit.*, Wróblewski distingue cinco niveles de justificación.

La propuesta de Wróblewski para evaluar las consecuencias identifica criterios internos, externos y mixtos. El criterio interno evalúa las consecuencias en su relación con los elementos del sistema, y emplea los sub-criterios de consistencia, coherencia normativa y justicia formal. La coherencia requiere que el argumento, la cadena de argumentos y la decisión resultante sean axiológicamente coherentes con el sistema jurídico respectivo,⁵⁷ y su verificación precisa la identificación de los valores que subyacen a las reglas, principios e instituciones jurídicas. El criterio externo recurre a valores que permiten una evaluación de la decisión jurídica desde fuera del sistema, siendo el valor superior el de la justicia sustantiva. El criterio mixto es la aceptabilidad,⁵⁸ que hace referencia a la aprobación o rechazo de las consecuencias de la decisión por un auditorio concreto, que es aquel que tiene características sociales específicas y que comparte un consenso axiológico determinado. La decisión mejor justificada será la que alcance la adhesión del auditorio universal. Así, el Juez debiese preguntarse si su decisión será aceptada o rechazada por las partes y la opinión pública. La aceptación de la decisión depende de diversos factores, tales como la extensión de consecuencias lesivas, cualquier daño a bienes, derechos o intereses que pudiesen verse afectados, y cualquier consecuencia inaceptable.⁵⁹

3.3. La propuesta pragmatialéctica de Feteris

El principal objetivo de la teoría pragmatialéctica aplicada a los procesos judiciales es reconstruir la argumentación de los intervinientes y del Juez como parte de una

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 153.

⁵⁸ Cfr. AARNIO, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Kluwer, Dordrecht, 1987, pp. 185 y ss.

⁵⁹ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Justification Through...", p. 153.

discusión crítica sometida a control racional.⁶⁰ En diversos artículos, Feteris aplica y especifica el modelo pragmadialéctico al análisis y evaluación del argumento de las consecuencias en las decisiones judiciales. Para esta autora, la argumentación consecuencialista es un argumento que justifica una decisión recurriendo a consecuencias que se ajusten a un fin deseable o que permitan alcanzar dicho fin. Es decir, las consecuencias positivas o deseables de un acto lo son en tanto satisfagan un fin deseable o valioso.

En su formulación básica, el argumento consecuencialista se estructura de la siguiente forma:

- punto de vista: El acto X es deseable (decisión o interpretación)
porque: El acto X produce la consecuencia Y (enunciado empírico)
y: La consecuencia Y es deseable (enunciado prescriptivo)

El punto de vista se refiere a un determinado acto X, que puede ser una decisión o interpretación. El enunciado prescriptivo establece que la consecuencia Y es deseable, y el enunciado empírico establece que el acto X produce la consecuencia Y. Lo importante es responder afirmativamente a las dos preguntas críticas que guían la evaluación del argumento pragmático: 1) ¿conduce la aplicación de la regla X en su interpretación X' a la consecuencia Y?;⁶¹ 2) ¿es la consecuencia Y (in)deseable?

⁶⁰ Cfr. FETERIS, Eveline T., "The Rational Reconstruction of Argumentation Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules: a Pragma-Dialectical Perspective", *Argumentation*, núm. 19, 2005, p. 462. Uno de los textos fundacionales de la teoría pragmadialéctica es el de EEMEREN, Frans H. van, y GROOTENDORST, Rob, *Argumentation, Communication and Fallacies... op. cit.*

⁶¹ Siguiendo una línea argumentativa similar, Van Eemeren y Grootendorst señalan que para la argumentación instrumental, como modelo de argumentación que se basa en la relación de causalidad, las preguntas críticas importantes son: ¿es realmente deseable el efecto esperado de la medida propuesta?, ¿realmente se producirá este

La primera pregunta se relaciona con la existencia de una relación causal entre el acto y las consecuencias, y evalúa el enunciado empírico; la segunda inquiriere por la justificación del enunciado prescriptivo o, en otras palabras, por las razones que apoyan el enunciado que afirma la deseabilidad o aceptabilidad de las consecuencias.

Es en el nivel subordinado donde estas preguntas deben ser resueltas, la segunda de ella demostrando la compatibilidad de la consecuencia Y' con un propósito P y justificando el propósito P como uno perseguido por el legislador histórico (por ejemplo, a través del estudio del debate parlamentario), o como uno objetivamente prescrito por el sistema jurídico (por ejemplo, explicando en qué medida el propósito P subyace a ciertas reglas, principios o valores).

Sin embargo, estas justificaciones no son ni simples ni obvias. La identificación de los propósitos del legislador histórico no siempre funciona cuando se trata de interpretar disposiciones de textura abierta, tales como cláusulas constitucionales, porque su vaguedad —y la posibilidad de diversas lecturas de la misma— fue probablemente necesaria para el acuerdo respecto de su aprobación. En este sentido, se hace difícil la identificación "del" propósito del legislador histórico. Adicionalmente, es frecuente que el fin del legislador al promulgar una norma colisione con otros fines protegidos por otras reglas jurídicas válidas. A ello se suma el hecho de que el fin o propósito de una norma no es siempre claro, explícito o fácil de detectar. Otros, en fin, señalan que aquel propósito no corresponde al del legislador histórico, sino que debe actualizarse al que razonablemente correspondería atribuir al momento

efecto?, ¿o puede ser alcanzado más fácilmente por otra medida?, ¿realmente la medida no tiene ningún efecto secundario negativo serio? *Cfr. Ibidem*, p. 102.

de aplicación de la norma.⁶² Problemas similares surgen del análisis de la expresión "fin objetivamente prescrito por el sistema jurídico".

Con relación a la primera pregunta crítica, no se dan más orientaciones sobre los elementos que ayudarían a contestarla, ya que se refiere a la relación causal entre la decisión o acto y sus consecuencias previsibles, y esto es un problema fáctico —o un contrafáctico, sostendrían algunos— irresoluble cuando se argumenta sobre posibles consecuencias futuras.

Tomando en consideración la estructura simple del argumento consecuencialista, Feteris propone un marco pragmatialéctico para el análisis y evaluación de los argumentos prácticos en el derecho. Este argumento por sí solo puede ser débil o insuficiente, por lo que puede ser complementado reconduciendo lo (in)deseable de la consecuencia Y del acto X, a lo (in)deseable del fin Z. Esta argumentación compleja se construye en tres niveles: principal, subordinada y sub-subordinada. La estructura puede representarse de la siguiente forma:⁶³

1. La interpretación X es deseable; la interpretación X conduce a Y;
Y es deseable (argumento consecuencialista)
2. Y es deseable; Y cumple el principio, fin, directriz política o valor Z;
Z es deseable (argumento finalista)

⁶² *Vid.*, por ejemplo, la distinción entre argumento teleológico-subjetivo y argumento teleológico-objetivo que propone GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "El argumento teleológico: las consecuencias y los principios" en ZULUAGA, Ricardo, (ed.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2004, pp. 13-27.

⁶³ *Cfr.* FETERIS, Eveline T., "The Rational...", *op. cit.*, pp. 462 y ss.

3. Z es deseable; Z es coherente y consistente con los principios generales del derecho, fines y valores P subyacentes al sistema jurídico (argumento de coherencia o consistencia)

Como puede verse, ya no se trata de un simple esquema de consecuencias, sino de la coordinación de tres argumentos —consecuencialista, finalista y de coherencia y consistencia— que tienen una fuerza mayor a la suma de sus pesos argumentales individuales. Se recurre a este tipo de justificaciones cuando el Juez se enfrenta a distintas posibilidades de interpretación contrapuestas, caso en el cual su argumentación debiera reflejar la elección entre dos puntos de vista rivales de las partes, y mostrar la ponderación entre estas dos posiciones de acuerdo a las consecuencias deseables e indeseables en relación con el fin de la regla.⁶⁴

Feteris también enfatiza la importancia de la razonabilidad y equidad en tanto valores que el Juez debe considerar cuando analice dos o más interpretaciones posibles de una regla, elementos que pueden ser usados para restringir o ampliar su esfera de aplicación basándose en las consecuencias absurdas que una aplicación muy extensiva o una aplicación muy restrictiva pueden producir con relación al fin de la regla.⁶⁵

En el modelo pragmatialéctico, como se ha mostrado, la determinación del fin o propósito de una norma aplicable al caso juega un rol central. No obstante, los

⁶⁴ "Si la aplicación de la regla *R* en su interpretación *X1* en las circunstancias del caso *C1, C2, ... Cn* conducen a *Y1*, e *Y1* es deseable, y si la aplicación de la regla *R* en la interpretación *X2* conduce a *Y2* e *Y2* es indeseable, entonces la aplicación de la regla *R* en la interpretación *1* debe preferirse a la aplicación de la regla *R* e su interpretación *X2*". FETERIS, Eveline T., "The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing on the Basis of Teleological-Evaluative Considerations in the Justification of Judicial Decisions", *Ratio Juris*, vol. 4, núm. 21, 2008, p. 490.

⁶⁵ *Cfr.* FETERIS, Eveline T., "The Rational...", *op. cit.*, pp. 962 y ss.

sistemas jurídicos contienen una multiplicidad de fines que fácilmente pueden colisionar —y de hecho colisionan— en un caso concreto, por lo que la decisión de favorecer uno y desplazar el otro también debiese justificarse. Otro problema se presenta tratándose de casos en que no exista norma explícita que los resuelva. En esos casos, la solución sería, de acuerdo a este modelo, recurrir a los principios que inspiran el sistema jurídico como un todo, aun cuando no sean explícitos. Este tipo de técnica presenta los conocidos problemas de cómo "detectar" o "leer" los valores que subyacen a un determinado ordenamiento jurídico, o los problemas de "asignación" de significados a través de definiciones y elecciones interpretativas, lo que se traduce en que el ejercicio de detección, lectura o adscripción de significado puede variar ampliamente entre los intérpretes.⁶⁶ Una cuestión similar ocurre con relación a las consecuencias extrajurídicas. El modelo de Feteris no diferencia entre consecuencias jurídicas y extrajurídicas, toda vez que el punto importante es que las consecuencias se encuentren vinculadas a un fin o propósito de la norma o del sistema jurídico. En este sentido, podría decirse que las consecuencias extrajurídicas que no se pueden relacionar fácilmente con el propósito de una norma o del sistema jurídico no tendrían cabida en la estructura pragmatialéctica.

En esta sección, he explicado brevemente los principales puntos de la teoría de cada uno de los autores estudiados, referidos al argumento consecuencialista. A partir de esta descripción, surgen algunas similitudes y diferencias, que es interesante destacar para los propósitos de la siguiente sección. Con relación a las semejanzas, los tres autores insisten de alguna u otra medida en que la decisión, y

⁶⁶ Los postulados de una teoría escéptica moderada en materia interpretativa pueden verse, entre otros, en GUASTINI, Ricardo, *Interpretare e argumentare*, Giuffrè, Milán, 2011; COMANDUCCI, Paolo, "L'interpretazione delle norme giusidiche. La problematica attuale" en BESSONE, Mario, (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale*, vol. I; Regole, metode, modelli, Giappichelli, Turín, 1999, pp. 1-20; y CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

por tanto, los argumentos pragmáticos que la apoyan, deben respetar la *rule of law* y el derecho válido del sistema jurídico. En segundo lugar, los tres se ocupan de la necesidad de establecer criterios para evaluar el uso del argumento consecuencialista. Mientras que MacCormick propone criterios generales y Wróblewski clasifica las consecuencias en tres tipos, Feteris diseña las preguntas críticas en términos de deseabilidad de las posibles consecuencias a las que podría conducir una determinada decisión, pese a que no define los criterios para evaluarlas. En tercer lugar, MacCormick y Wróblewski hacen una distinción similar a la aquí propuesta entre consecuencias jurídicas —jurídicas y normativas— y consecuencias extrajurídicas —en el comportamiento y fácticas, respectivamente. Finalmente, estos mismos autores consideran que, en algunos casos, el uso del argumento de consecuencias extrajurídicas o la influencia del no-derecho, para usar una expresión de Wróblewski, es inevitable o, más precisamente, es una condición necesaria para la racionalidad de la decisión.

También existen algunos puntos divergentes entre las propuestas bajo análisis, que provienen de las diferentes formas que tienen los autores de aproximarse a la argumentación consecuencialista. La aproximación normativa de MacCormick consiste en incluir el argumento a partir de las consecuencias en un diseño más amplio de los dos niveles de justificación, específicamente, dentro de la exigencia de que las decisiones deben tener sentido tanto dentro del sistema jurídico como del mundo. Wróblewski asume un estilo analítico en el tratamiento de este argumento, desde que distingue y clasifica los tipos de consecuencias relevantes para el derecho y los criterios de evaluación de aquéllas. Feteris, por su parte, está preocupada de la estructura del argumento consecuencialista y de cómo se interconectan los diferentes niveles de argumentación.

4. JUECES CONSECUENCIALISTAS

Esta sección ofrecerá una síntesis de los principales argumentos consecuencialistas —jurídicos y extrajurídicos— esgrimidos en un procedimiento de inconstitucionalidad seguido ante el Tribunal Constitucional de Chile, y los analizará con las herramientas de las propuestas teóricas antes descritas, con el fin de detectar sus fortalezas y debilidades.

El caso bajo estudio es una sentencia del Tribunal Constitucional⁶⁷ en la que se debate la constitucionalidad de una disposición de la Ley de ISAPRES (Instituciones

⁶⁷ STC 1710-10-INC, de 06 de agosto de 2010, que declara la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del art. 38 ter de la Ley 18.933, Ley de que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional.

El artículo 38 ter dispone:

"Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

- 1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;
- 2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;
- 3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;
- 4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;
- 5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

de Salud Previsional).⁶⁸ Específicamente, el problema jurídico consiste en determinar si el art. 38 ter de esa ley vulnera el artículo 19 n° 2, 9 y 18 de la Constitución chilena. La disposición impugnada regula la facultad de la Superintendencia de ISAPRES para fijar rangos máximos en la diferencia de precios de los planes de los seguros privados de salud de acuerdo a la edad y sexo del asegurado (que son significativamente más caros para personas de 60 o más años y para mujeres a partir de los 20 años). La inconstitucionalidad derivaría del hecho de que esta disposición permite a las Instituciones de Salud Previsional determinar el precio del plan de salud de acuerdo a su edad y sexo (lo que se concreta en una "tabla de factores"). Ello genera a) una discriminación arbitraria entre hombres y mujeres, y entre niños, adultos y ancianos (violación del principio de igualdad ante la ley, art.19, n° 2); b) una vulneración del derecho a la protección de la salud, porque impide garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, y el derecho que asiste a cada uno de elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea estatal o privado (art.19, n° 9); c) una infracción de los principios de solidaridad y universalidad que sirven de fundamento al derecho a la seguridad social en particular, el acceso a todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes (art.19, n° 18).

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38°.

⁶⁸ El sistema de salud chileno combina, desde la reforma del año 1981, un sistema público (Fondo nacional de salud o Fonsa) y un sistema privado (a través de Instituciones de salud previsional o Isapres). La población que cuenta con seguros privados no supera el 17%.

La sentencia, tanto en el voto de mayoría como en los votos disidentes, incorpora argumentos sobre consecuencias jurídicas y extrajurídicas. Así, el tribunal argumenta que:

[...] la exclusión de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear *efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia*. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es *la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal*. Si deviene una *situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación*, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma.⁶⁹

Contrariamente a lo que podría esperarse por la introducción de este argumento en su razonamiento, el voto de mayoría no lo desarrolla, y finalmente decide declarar inconstitucionales los numerales impugnados.

En contra de la decisión de la mayoría, algunos argumentos consecuencialistas más precisos fueron esgrimidos. Así, por ejemplo, se citó la doctrina constitucional alemana para respaldar el razonamiento de que el tribunal debía abstenerse de declarar la inconstitucionalidad de una ley:

a) cuando se evita la creación de un vacío normativo; b) cuando la sentencia pueda incidir en la *"libertad de configuración normativa (Gestaltungsfreiheit) que corresponde al legislador"*; c) *"si la declaración de nulidad no es necesaria cuando se trata de corregir una omisión parcial del legislador"*; d) si *"la declaración de*

⁶⁹ STC causa Rol 558, de 05 de junio de 2007, cons. 18 y 19. Citada por la STC causa Rol 1710-10-INC, de 06 de agosto de 2010, cons. 23.

nulidad de la ley no alcanza a cubrir la finalidad perseguida por la sentencia; y e) "si la declaración de nulidad no puede eliminar el perjuicio que justamente se trata de evitar".⁷⁰

A excepción del inciso c, el resto de los casos denuncian los posibles impactos normativos negativos que podría producir la eliminación de una norma del sistema jurídico, tales como la persistencia de los daños que la sentencia intenta evitar —en este caso concreto, la lesión de ciertos derechos fundamentales—, la interferencia en la esfera legislativa, la imposibilidad de reestablecer el sistema jurídico y la producción de un vacío normativo.

En la misma línea argumental, una de las opiniones disidentes argumenta que la sentencia constitucional que deroga una norma produce cambios profundos en el sistema. Esto significa que el tribunal solo debería declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando no exista otra interpretación posible que sea armónica con la Constitución. Por otra parte, esta opinión reproduce algunas de las consideraciones incorporadas por la mayoría, insistiendo que la exclusión de una norma jurídica no puede producir efectos más perjudiciales que los producidos por la existencia de la norma impugnada. El vacío normativo y la incerteza jurídica, se argumenta, conduce a una situación de "mayor inconstitucionalidad".⁷¹

Se invocan, además, razonamientos basados en consecuencias extrajurídicas en este caso. Así, la decisión de la mayoría se opone a considerar consecuencias extrajurídicas como un factor justificatorio de la decisión, mientras que la minoría

⁷⁰ Presentación del Presidente Sebastián Piñera, 20 de mayo de 2010, p. 37. Algunas de estas causales fueron invocadas por los votos disidentes.

⁷¹ Voto disidente de la ministra Marisol Peña.

refuerza la necesidad de incluirlas cuando se razona acerca de la constitucionalidad de una norma. En un párrafo confuso, el voto de mayoría sostiene que:

[...] es posible, en consecuencia, que las decisiones del Tribunal Constitucional *tengan un impacto político o económico, o social, o cultural inevitable*, lo que no significa que tales decisiones hayan sido políticas o económicas o culturales. Las decisiones del Tribunal Constitucional son todas estrictamente jurídicas, sin perjuicio de la naturaleza del impacto que produzcan, sea político, económico, social o cultural. Visto el problema desde otra perspectiva, al adoptar una decisión el Tribunal puede tener plena conciencia del impacto extrajurídico que puede producir, pero tal convicción no puede inhibirlo de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, sea que actúe de oficio o a requerimiento de persona u órgano legitimado.⁷²

Por otra parte, el voto de minoría reivindica la importancia de las consideraciones de consecuencias extrajurídicas, cuando señala que la declaración de inconstitucionalidad debiese ponderar todos los efectos que puede producir (jurídicos o de otro tipo, tales como sociales, económicos y políticos); no obstante, no desarrolla en profundidad el argumento, sino que sólo lo menciona.⁷³

⁷² STC causa Rol 1710-10-INC, de 06 de agosto de 2010, cons. 44.

⁷³ El voto de la ministra Marisol Peña argumenta en favor de la incorporación de elementos extrajurídicos, recurriendo a una cita de Zagrebelsky:

"Cuando están en juego dos apreciaciones distintas, además de los principios y las convicciones, debe considerarse con pragmatismo también la calidad de los efectos sociales, económicos y políticos de las decisiones." (*Jueces constitucionales. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, año 6, 2006, p. 320). [Las negritas son nuestras].

11°.- Que, de esta forma, la consideración de los efectos que la declaración de inconstitucionalidad va a generar, no sólo respecto del ordenamiento jurídico, sino que en un sentido amplio, se torna imprescindible para el Juez constitucional. Con mayor razón cuando, como en el caso sometido a la decisión de este Tribunal, se encuentran en juego aspectos medulares del sistema de salud vigente en Chile que combina los esfuerzos públicos y privados que el legislador ha debido regular en forma congruente con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental.

Es por esta razón, avalada por la doctrina constitucional autorizada, que esta Juez disidente no comparte lo razonado en el considerando cuadragésimocuarto de la sentencia, que llama al Juez constitucional a no "inhibirse" de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, aunque esté consciente del impacto político, económico

Adicionalmente, durante el proceso, se realizaron diversas presentaciones ante el Tribunal Constitucional que pretendieron identificar, de manera más concretas, cuáles serían las consecuencias extrajurídicas de la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1 a 4 del art. 38 ter,⁷⁴ enfatizando la necesidad de establecer:

[...] los efectos constitucionales que una eventual derogación de la norma legal en cuestión causaría en los afiliados y en las instituciones de salud previsual, en especial, en relación a la cobertura de los planes, discriminación en los precios y afectación arbitraria a ciertos grupos de la sociedad, efectos en los contratos de salud vigentes y futuros, viabilidad del sistema de salud privado garantizado constitucionalmente, entre otros.

Los efectos finales de este proceso, continua el argumento:

[...] podrían impactar seriamente al Sistema de salud del país en su totalidad (público y privado), incluyendo la cobertura y beneficios a los afiliados y el precio final cobrado a los mismos, la viabilidad de las instituciones de salud provisional

y social de sus decisiones. Por el contrario, en concepto de quien suscribe este voto, la consideración de los efectos que la sentencia denomina "extrajurídicos" resulta fundamental a la hora de decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal, pues de su análisis integral puede concluirse que tal declaración producirá un efecto más inconstitucional que el que se trata de prever, lo que es razón suficiente para que la magistratura constitucional se abstenga de expulsar el referido precepto del ordenamiento jurídico vigente.

En tanto la sentencia declara inconstitucional las reglas que fijan la estructura de la tabla de factores —y no los factores edad, sexo y condición de cotizante o carga que pueden invocarse para fijar precios diferenciados en los planes de salud—, desaparecen —prosigue el voto disidente— los baremos incorporados por esos numerales y la Superintendencia podrá fijar dicha estructura libremente (según lo dispone el inciso 4to. del art. 38 ter que no fue declarado inconstitucional). Esto potencia, a su vez, la libertad de las ISAPRES para determinar los factores de cada tabla. Así, por ejemplo, al desaparecer la regla sobre relación entre el factor más bajo y más alto de cada tabla, dicha relación quedaría entregada, se argumenta, al arbitrio de las ISAPRES. La incerteza a que el 16% de la población queda expuesta con la sentencia, prosigue el argumento, consiste en la posibilidad de alzas en los precios en los planes de salud y la consiguiente vulneración del libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud como consecuencia de la falta de reglas objetivas que regulen los factores que serán aplicados por las Isapres en los futuros contratos de salud. Esta afectación de los derechos sociales fundamentales que produce la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos en cuestión, concluye el voto, "favorece una inconstitucionalidad mayor que la infracción a la supremacía constitucional que se trata de remediar".

⁷⁴ Presentación de la Asociación de Isapres, de 30 de abril de 2010.

y, finalmente, al Estado, que consecucionalmente, en caso de derogación de la norma, debiera aumentar significativamente su gasto de salud [...].

Resumiré las líneas de argumentos consecucionalistas empleadas en este proceso y más arriba reproducidas. Por una parte, la sentencia identifica cinco casos en que la declaración de inconstitucionalidad debiese evitarse por las consecuencias jurídicas negativas o indeseables que genera: a) si conduce a un vacío normativo; b) si genera inseguridad jurídica; c) si se produce una situación más perjudicial que aquella preexistente a la declaración de inconstitucionalidad (*horror vacui*); d) si es inconveniente para el interés público o el estado de derecho; o e) si genera interferencia en la esfera del legislador. Por otra parte, en el proceso se dieron argumentos para demostrar los efectos extrajurídicos negativos que podría producir la declaración de inconstitucionalidad. Una decisión en este sentido podría: a) tener efectos negativos en los afiliados, tales como cambios en la cobertura, beneficios y precios de sus planes de salud; b) poner en peligro la existencia del sistema de salud privado; y c) producir profundas y negativas repercusiones económicas en el presupuesto público destinado a salud, toda vez que el alza de los planes de salud privados generarán una migración de las personas desde el sistema privado al sistema público.⁷⁵ Sin embargo, y pese a estos argumentos para rechazar la inconstitucionalidad de la disposición impugnada —que son, al menos en apariencia, sólidos— la decisión de la mayoría declaró su inconstitucionalidad y, por tanto, la expulsión del precepto del ordenamiento jurídico chileno.

⁷⁵ Lo último se argumenta en las presentaciones de las instituciones de salud públicas. Las posibles consecuencias futuras fueron respaldadas por datos estadísticos en el Informe "Eliminación de la Tabla de Factores" de la Superintendencia de Salud, de fecha 30 de mayo de 2010.

El análisis y evaluación de estos argumentos puede hacerse usando los diferentes elementos y herramientas revisados en la sección anterior.⁷⁶ Las consecuencias jurídicas, como se ha sugerido, son menos problemáticas que las consecuencias extrajurídicas, toda vez que aquellas se vinculan con elementos del sistema jurídico cuya existencia o fundamento es menos incontrovertido. En este sentido, las consecuencias jurídicas tales como evitar vacíos normativos o asegurar la seguridad jurídica, desde la perspectiva de las tres teorías estudiadas, no pueden ser entendidas de manera aislada sino sólo en relación a otros argumentos jurídicos como el argumento teleológico o el argumento de la coherencia. Por ejemplo, la afirmación de que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad no serían coherentes con el estado de derecho puede considerarse como una combinación de argumentación consecuencialista y coherentista.

Por otro lado, el argumento sobre consecuencias extrajurídicas es una expresión del requisito que introduce MacCormick de que la decisión sea aceptable o haga sentido en el mundo, considerando ese *making sense with the world* como la necesidad de tomar en consideración los diferentes efectos que la decisión produce en la realidad extrajurídica, tales como el posible impacto económico de la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal. Este impacto económico podría afectar a los beneficiarios de los seguros de salud privados, al Estado y al sistema privado de salud. Aquí, sin embargo, las preguntas referidas a 1) cómo

⁷⁶ Me gustaría insistir en el hecho de que podría ser controvertido clasificar las proposiciones de las letras a) a la e) y a) a la c), respectivamente, como argumentos que se refieren a consecuencias jurídicas y extrajurídicas en sentido propio, cuando podrían calificarse como meras consideraciones que, junto con otras, inclinan la decisión en una determinada dirección. Así, si no son argumentos en absoluto sino sólo proposiciones genéricas que se consideran razonables o de sentido común en la práctica jurídica, sería problemático tratarlos como argumentos propiamente tales y aplicarles los marcos teóricos estudiados. Incluso asumiendo este último punto de vista, esto es, que existen deficiencias argumentativas en la forma en que los argumentos están contruidos, creo que algún análisis de esas proposiciones *qua* argumentos es posible.