



Observatorio  
Judicial

Informe N° 57

# Inexcusabilidad y discrecionalidad judicial

— Reflexiones a partir del caso isapres

JULIO 2023

[www.observatoriojudicial.org](http://www.observatoriojudicial.org)

*“¿Es su sentencia la aplicación de una ley a un caso especial? Cite la ley. ¿Su texto es oscuro, y se presta a diversas interpretaciones? Funde la suya (...) ¿Se le presentan disposición al parecer contradictorias? Concílielas, o exponga las razones que le inducen a preferir una de ellas (...) ¿La ley calla? Habrá a lo menos un principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio” (Andrés Bello).*

## Introducción

En el debate que generó el controvertido fallo “Isapres”, algunos de sus defensores han alegado que la tercera sala no ha incurrido en activismo judicial. Mas bien, habrían cumplido con el deber de inexcusabilidad que pesa sobre todo juez. Así, el ex ministro de la Corte Suprema, Lamberto Cisternas, aludió a la inexcusabilidad como una justificación del fallo<sup>1</sup>. También, la ministra Vivanco ante la pregunta de si eran activistas, respondió que:

*“No estamos afanados en ocupar espacios que les corresponden a otros poderes, pero hay que recordar que hay una serie de temas que tienen que ver con las garantías constitucionales, que son temas que exigen inexcusabilidad. En otras palabras, si una persona viene a la corte a pedir cautelar sus derechos porque están siendo vulnerados, tenemos que hacerlos valer”<sup>2</sup>.*

¿Qué significa invocar el principio de inexcusabilidad como justificación? ¿Es cierto que en el caso Isapres y otros, los ministros de la tercera sala están cumpliendo con el mandato constitucional de inexcusabilidad? En realidad, quienes invocan la inexcusabilidad incurren en una confusión: si bien es cierto que la legislación ordena a los jueces a resolver los conflictos que sean sometidos a su conocimiento, eso no implica *cómo* deben resolver. Es decir, la crítica no es que los ministros de la tercera sala resuelvan temas relativos a las Isapres o tratamientos médicos de alto costo, sino la manera en que han solucionado dichas controversias.

Pero, la cuestión no termina aquí. Los casos problemáticos en que se invoca el principio de inexcusabilidad son aquellos en que, al decir del artículo 76 de la Constitución, el juez se enfrenta a la “falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”. Entonces, ¿basta con que el juez invoque el principio de inexcusabilidad para desentenderse de la norma legal o, por el contrario, debe cumplir con ciertos estándares? La pregunta invita a reflexionar sobre la extensión de la discrecionalidad judicial.

A continuación, expondremos qué es el principio de inexcusabilidad y cuál es su alcance. Luego analizaremos el vínculo entre el deber de inexcusabilidad y las lagunas normativas como habilitación de la discrecionalidad judicial, la cual lejos de dar espacio a la arbitrariedad, es una tarea delimitada por tres obligaciones para el juez: **(1)** atenerse al caso particular, **(2)** seguir las directrices del sistema jurídico para resolver lagunas, lo cual incluye, obviamente, acreditar la existencia de una laguna y **(3)** fundamentar la sentencia.

---

<sup>1</sup> Ver: El Mercurio, páginas A2 del 19 y 21 de mayo.

<sup>2</sup> <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/angela-vivanco-los-excedentes-que-las-isapres-tienen-que-devolver-son-a-quienes-demandaron/WGLSULFBGRD5HDBKFE3GGQPHYE/>

En el cumplimiento o no de dichas obligaciones, pueden sistematizarse muchas de las posibles críticas a un fallo discrecional. Por tanto, la postulación de estos criterios ayuda a distinguir cuando es o no justificado invocar principio de inexcusabilidad en respuesta a la crítica pública dirigida contra la discrecionalidad de un fallo. De esta manera el caso Isapres, nos lleva a reflexionar sobre cuestiones fundamentales de la labor jurisdiccional: la discrecionalidad judicial, sus límites y la crítica pública de un fallo. En ese sentido, el presente escrito busca ser un pequeño aporte al debate democrática en la labor de los jueces.

### **El principio-deber de inexcusabilidad**

Todo Estado de derecho requiere para su existencia y funcionamiento que los conflictos ciudadanos se resuelvan, primero por un tercero imparcial y segundo, en base a lo dispuesto por el derecho positivo. Por tanto, el gobierno de las leyes sólo surge cuando un juez, en palabras de Kant, determina irrefutablemente “lo mío y lo tuyo” según las leyes de la comunidad civil. De lo contrario, reinaría un estado de naturaleza, en el cual la fuerza es la última palabra y todo derecho sería efímero e inseguro. Sin un sistema judicial no es posible el Estado de derecho.

Bajo esta idea es que los legisladores decimonónicos vieron la necesidad de diseñar un dispositivo jurídico que impidiera que los jueces se abstuvieran de ejercer sus funciones jurisdiccionales, en especial en los casos de laguna normativa (Alchourron y Buligyn, 1988, p. 202)<sup>3</sup>. La solución de los ordenamientos jurídicos modernos fue consagrar el principio de inexcusabilidad, a saber: si un juez en el ámbito de su competencia es reclamado por un ciudadano para resolver un conflicto, entonces dicho juez está obligado a resolver el caso, *incluso a falta de ley*.

El Código Civil francés, paradigma en estas materias, ilustra muy bien la importancia del principio: “El juez que rehúse juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia” (Martínez, 2012, p. 115). La amenaza penal contenida en esta norma se justifica precisamente en la importancia de los jueces en la arquitectura del Estado de derecho. Asegurar la función jurisdiccional es una necesidad de primer orden y, especialmente, en los casos que no exista norma que resuelva la disputa.

En Chile el principio de inexcusabilidad goza de la máxima jerarquía. En efecto, el artículo 76 de la Constitución establece que: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”. El tenor de la norma es claro: el juez debe resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, están obligados a fallar. De ahí que autores clásicos como Casarino definen el principio de inexcusabilidad como: “la obligación de ejercer su ministerio cada vez que son requeridos en la forma legal” (1995, p. 91): O autores como Verdugo, Pfeffer y Nogueira:

*Los tribunales deben resolver siempre los asuntos que siendo de su competencia se someten a su conocimiento, aun a falta de ley, situación está en que para fallarlos deberán atenerse al espíritu general de la legislación y a la equidad natural (1994, p. 186).*

---

<sup>3</sup> Para Alchourrón y Bulygin las lagunas normativas pueden provenir de un doble defecto del sistema jurídico, primero en la ausencia de una solución, es decir, que la ley no contempla una solución general para el caso específico. Segundo, cuando existe incoherencia, es decir, el sistema prescribe varias soluciones incompatibles entre sí. El presente texto se centra especialmente en el primer sentido de laguna normativa.

Tanto la historia, normas y doctrina aludida muestran que el principio de inexcusabilidad se materializa en el deber imperativo de todo juez de resolver el litigio. Ahora bien ¿qué se entiende por resolver? Que el juez en su sentencia *acoja* o *rechace* la pretensión del demandante. En consecuencia, el principio de inexcusabilidad no determina el modo en que el juez debe resolver únicamente impone una *obligación formal de decidir* si A o B, de poner término al caso particular. En consecuencia, el juez no infringe el principio de inexcusabilidad cuando rechaza la demanda<sup>4</sup>, únicamente lo infringe si éste se negara a conocer y resolver según el mérito del proceso.

### Inexcusabilidad y discrecionalidad judicial

¿Pero qué ocurre cuando el juez está obligado a fallar, pero carece de una norma positiva que resuelva el caso? La pregunta es relevante, porque aborda una tensión inherente a todo sistema jurídico: la obligación de inexcusabilidad y la existencia de lagunas normativas. Más arriba señalamos que el Estado de derecho exige, al menos, un sistema judicial que resuelva los conflictos jurídicos *conforme a las soluciones dispuestas en el sistema jurídico*. Por tanto, el juez está vedado a prescribir cualquier solución, si no sólo aquella plasmada en las leyes positivas<sup>5</sup> y, menos aún, modificar o crear vía jurisprudencia el derecho vigente. Es la clásica noción del juez como boca de la ley, en la cual la función jurisdiccional se sintetiza en la subsunción.

Pero ¿cómo puede el juez cumplir con dicha obligación —fallar según el derecho vigente— si no existe una ley positiva que solucione la controversia? Declararse incompetente y remitir el problema al legislador no es viable, porque infringe el principio de inexcusabilidad. Entonces ¿cómo salir de esta aparente antinomia entre tres obligaciones: el deber de juzgar, la obligación de resolver conforme a derecho y la prohibición de crear o modificar el sistema jurídico vigente? (Alchourron y Buligyn, 1988, p. 218) El camino es la *discrecionalidad judicial*. En efecto, los sistemas jurídicos compensan la tensión habilitando al juez a resolver la controversia bajo criterios de razonabilidad como la equidad natural<sup>6</sup>, lo cual da un margen de libertad a la inventiva del juez para buscar una solución a la controversia<sup>7</sup>.

Ahora bien, la discrecionalidad judicial no es voluntarismo —al menos en su dimensión normativa—. No es un decisionismo *ex-nihilo*. Todo lo contrario, por lo general los sistemas jurídicos establecen criterios

---

<sup>4</sup> Aquí el término demanda lo usamos en sentido amplio, es decir, como cualquier pretensión que un ciudadano intenta imponer a otro, mediante un proceso judicial. Ya sea un reclamo de indemnización de perjuicios, un cambio de sexo registral, el financiamiento de un tratamiento de alto costo o la devolución de cobros indebidos por las Isapres.

<sup>5</sup> Por tanto, si en el caso concurren todas las propiedades que activan las normas que prescriben como solución rechazar, entonces el juez está obligado a rechazar. Al contrario, si en la controversia concurren todas las condiciones que activan las leyes que ordenan acoger, entonces el juez tendrá que dictar una sentencia favorable al demandante.

<sup>6</sup> Cfr. Guzmán Brito. *El significado histórico de las expresiones “equidad natural” y “principios de equidad” en el derecho chileno*. En su ponencia el profesor Brito mediante minuciosa exégesis histórico determina que el sentido de “equidad natural” en nuestra legislación refiere a las soluciones del derecho romano. Por tanto, el juez debe buscar la solución en alguna máxima en el *Corpus Iuris Civile*.

<sup>7</sup> Respecto a la tensión entre discrecionalidad judicial y el Estado de derecho y sus valores de certeza jurídica e isonomía, consulta el artículo. En este el autor defiende con muy buenas razones, porque en los sistemas jurídicos modernos es necesaria y deseable, bajo ciertas condiciones, la discrecionalidad judicial. Una de las principales razones es que hace posible la vaguedad del derecho, característica necesaria para el buen funcionamiento de todo sistema jurídico (Cfr. Endicott. T. *El derecho es necesariamente vago*).

para resolver lagunas normativas y, además, la obligación de fundamentación de la sentencia se intensifica. El límite obvio de la discrecionalidad judicial es la exclusión absoluta de la arbitrariedad, lo irracional y lo discriminatoria. Un juez no podría resolver un litigio de manera absurda o desproporcionada. Pero, ese es un piso mínimo, y no basta que la decisión sea razonable. Más bien, la laguna normativa impone al juez una pesada carga argumentativa para fundamentar su decisión.

En cambio, cuando hay una norma positiva, la obligación de fundamentación se aliviana. En efecto, la norma misma justifica lo resuelto. Y la tarea del juez se circunscribe a determinar si el caso concreto tiene o no las propiedades o condiciones que activan la norma. En consecuencia, de concurrir en los hechos presupuestos para la activación de la norma —i.e. un daño culpable avaluado en 100—, el juez está obligado a resolver lo que la solución dispuesta —i.e. indemnizar en 100—. Si le preguntaran “¿Por qué fallo así?” El magistrado podrá responder justificadamente “por qué así lo prescribe la norma”<sup>8</sup>. Obviamente el juez tendrá que argumentar cómo los hechos probados calzan con la ley<sup>9</sup>.

Retomando el caso en que no existe una norma positiva que resuelva la controversia, señalamos que el juez tiene una pesada carga argumentativa. En efecto, el deber de inexcusabilidad le impone el deber de fallar. Pero, como señalan Alchourrón y Bulygin, en el caso de laguna la obligación *no implica* fallar de una manera específica. Más bien, se encuentra ante obligaciones alternativas. Por ende, se cumple con el principio de inexcusabilidad, tanto si acoge, como si rechaza la demanda:

*La respuesta es clara: si el sistema del súbdito nada dice acerca de la conducta del demandado, el juez no tiene ninguna obligación específica, ni la de condenar, ni la de rechazar la demanda. Sólo tiene la obligación genérica de juzgar, y cumple con ella juzgando de cualquiera de las dos maneras posibles: condenando al demandado o rechazando la demanda (Alchourron y Buligyn, 1988, p. 215).*

Una vez más, se muestra como el principio de inexcusabilidad, ya sea si existe o no una norma positiva, excluye que el juez deba fallar de un determinado modo. Por eso, incurren en una confusión que un magistrado se defienda en dicho principio, toda vez que es criticado por su decisión. En efecto, la crítica no está dirigida al ejercicio de su función, sino al contenido material de su decisión.

En el caso de existir una norma, una de las objeciones posibles es que el magistrado no aplicó el derecho vigente, es decir, era claro que la controversia era regulada por una determinada ley vigente, pero el juez, por algún motivo, la desconoce<sup>10</sup>. Pero ¿es posible esa crítica cuando no hay norma, es decir, cuando se resuelve según la discrecionalidad judicial? ¿En este ámbito existen decisiones mejores y decisiones peores?

Esta pregunta nos lleva de nuevo a la discrecionalidad judicial y sus límites. Según vimos, en las lagunas normativas el juez está frente a obligaciones alternativas: acoger o rechazar. Ahora bien ¿es una de esas

---

<sup>8</sup> En el presente texto no abordamos el importantísimo tema de las lagunas axiológicas, a saber, la situación en que el juez se encuentra ante una norma manifiestamente injusta.

<sup>9</sup> Ahora bien, que el juez cuente con una norma positiva, en ningún caso significa que la labor jurisdiccional sea sencilla. Como señalan Alchourrón y Bulygin, el juez puede verse envuelto en difíciles cuestiones de interpretación, por ejemplo, sobre si los hechos del caso, concuerdan o no con la norma. O bien, podría ser que la norma a aplicar sea vaga, ya que utiliza conceptos normativos relativamente indeterminados como debido cuidado, o buen padre de familia.

<sup>10</sup> Una vez más, en este punto no abordamos el problema de las lagunas axiológicas.

opciones mejor que la otra? ¿Es posible criticar a un juez por optar por una y desechar la otra? ¿Basta que la decisión sea razonable, o al contrario debe cumplir con estándares más exigentes? La respuesta es sí. En efecto, todo juez está sujeto a tres obligaciones: (1) fundamentar su sentencia, (2) fallar conforme al derecho vigente, lo que incluye acreditar la existencia de una laguna, y (3) resolver la controversia particular. Toda sentencia que emanan de la discrecionalidad judicial está sujeta a dichas obligaciones, por tanto, puede ser deficitaria en esos aspectos. Veamos brevemente cada uno:

- (1) Resolver el caso particular: ésta es la más simple de las obligaciones. Como señalan los filósofos argentinos: “Los problemas que los jueces tienen que resolver se refieren siempre a casos individuales, pues sólo deben resolver conflictos concretos y no deben hacer «declaraciones abstractas»” (Alchourron y Buligyn, 1988, p. 215). En las lagunas normativas, esta obligación posee un peso especial: como la solución está indeterminada, los casos futuros abren la oportunidad de perfeccionar la decisión.
- (2) Fallar conforme a derecho: si bien en las lagunas el juez no tiene una norma específica para zanjar el caso concreto, por lo general los sistemas jurídicos contienen prescripciones que indican al juez qué hacer. Por ejemplo, en Chile están las reglas de interpretación del Código Civil y el criterio de la equidad. En consecuencia, es criticable un fallo que resuelva lagunas normativas sin ajustarse a estas directrices.
- (3) Fundamentación de la sentencia: en un primer sentido, la fundamentación excluye la irracionalidad, pero no basta que la decisión judicial sea razonable. En efecto, cuando hay laguna el juez debe argumentar con habilidad en varios niveles. Primero, mostrar que efectivamente existe una laguna normativa. Segundo, desplegar la red argumentos que fundamentan su decisión, ya sea de rechazar o de acoger. Tercero, y de ser necesario, la decisión misma, o sea, la orden material que imparte<sup>11</sup>.

En consecuencia, una sentencia cuyo origen es la discrecionalidad judicial puede incumplir en tres niveles: estableciendo su decisión con pretensión de universalidad como una norma general y vinculante para todo caso y juez; incumpliendo con las directrices del sistema normativo para resolver las lagunas normativas; e incumpliendo con el estándar argumentativo que exige una laguna.

De los tres niveles, el primero y segundo son fáciles de cumplir. El primero, porque es muy inusual que un juez falle con pretensiones de generalidad y el segundo, porque las directrices son muy vagas o fijan un estándar mínimo. Mientras que el tercer nivel es el más problemático y el que abre mayor espacio a las críticas de un fallo. En efecto, el tercer nivel es el que representa con mayor fuerza la tarea discrecional y es un campo abierto e indeterminado de posibles razones y métodos de argumentación; el ámbito de lo opinable se acrecienta. Dada las limitaciones cognitivas, siempre pueden surgir nuevas aristas que el juez no tuvo a la vista, elementos de juicio que no fueron considerados o mejores esquemas de argumentación.

Aquí la calidad y solidez del fallo radicará, siguiendo a Toulmin, en su estatus de derrotabilidad: un fallo será sólido en la medida que resista las objeciones. Al contrario, un fallo será endeble, si levanta amplias y consistentes críticas de la comunidad jurídica por deficiencias formales, por ejemplo una argumentación incoherente o muy débil. O bien, errores en los elementos de juicio, como ignorar ciertos conocimientos afianzados de la ciencia jurídica —i.e. que el juez estime la existencia de una laguna normativa, cuando la

---

<sup>11</sup> En el entendido que la sentencia no sea meramente declarativa, sino ordena al demandando hacer o no-hacer.

doctrina y jurisprudencia han superado la deficiencia—. O en su decisión material, por ejemplo, una prescripción desproporcionada o que contraviene criterios mínimos de factibilidad o técnicos.

Así un buen baremo para medir una sentencia que llena una laguna, es el debate y opinión que suscita en la comunidad jurídica, es decir, en la cantidad y calidad de las objeciones. En ese sentido, la cuestión de si una decisión discrecional es mejor o peor no es evidente. En efecto el profesor Etcheverry en su definición de la discrecionalidad judicial señala un punto que es muy importante: el juez se encuentra ante dos posibilidades *justificadas* y que “el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre la otras” (2017, p. 11). Por eso, es difícil adoptar posturas categóricas, salvo incurrir en dogmatismo, ya que nos encontramos en el ámbito de lo debatible y por eso evaluar en términos de peor o mejor, pero excluyendo categorías más firmes como bueno o malo u otras más duras como activismo. Salvo que el juez incurra en deficiencias argumentativas evidentes, ignorancias inexcusables, o bien, la sentencia tenga una apariencia discrecional, pero en realidad esconde, bajo la argumentación, un real ánimo de no aplicar la ley<sup>12</sup>.

Ahora bien, si lo anterior es válido para el tercer nivel, es decir, en el ámbito de la fundamentación y de la decisión, esto no es aplicable a los otros dos niveles, en especial, a la obligación de atenerse al caso particular. En efecto, si en el caso de una laguna un juez dicta una sentencia con la expresa pretensión de constituir la en una solución general y vinculante, entonces esa sentencia sin lugar a dudas puede ser tildada de activista, porque invade la esfera del legislador. Aquí no cabe alegar inexcusabilidad o criterios utilitaristas o de eficiencia, ya que la obligación es clara y de fácil cumplimiento.

Algo similar ocurre con la segunda obligación de seguir las prescripciones generales del sistema para resolver las lagunas. Según señalamos, por lo general dichas pautas apelan al deber general de fallar razonable o equitativamente, es decir, excluyendo la arbitrariedad o irracionalidad. En consecuencia, la manera de incumplir sería la dictación de una sentencia irracional, o a todas luces discriminatoria. De ser así nos encontramos, no ante una sentencia mala, criticable o activista, sino que ante una torcida administración de justicia.

## Reflexiones finales

El motivo de la presente reflexión era enjuiciar si la estrategia, de algunos magistrados, de recurrir al principio de inexcusabilidad como justificación ante la crítica pública de sus fallos, es realmente una justificación admisible. Para ello nos enfocamos en el sentido y alcance de la inexcusabilidad y cómo esta habilita institucionalmente la discrecionalidad judicial.

El análisis mostró dos cosas. La primera es que el deber de inexcusabilidad es una obligación formal que se circunscribe únicamente a que el juez conozca y resuelva la controversia. Por tanto, el magistrado cumple toda vez que resuelve, ya sea rechazando o acogiendo la demanda. Además, en un Estado de derecho el juez está obligado a rechazar o acoger *según* las leyes vigentes que regulan el litigio, y *únicamente* ordenar la solución dispuesta por el legislador.

---

<sup>12</sup> Cuestión que difícilmente se puede definir a priori cuando el juez incurre, sino que el caso concreto y sus circunstancias pueden entregar elementos de juicio más definitivos para afirmar que el juez intencionalmente no ha aplicado el derecho vigente.

El segundo aspecto es que cuando no existe norma para resolver el litigio, el juez está obligado a resolver discrecionalmente. Este campo de libertad de juicio repugna la irracionalidad. Pero más allá de esa obviedad, lo importante es fijar los criterios para determinar una sentencia razonable, es decir, un modelo normativo que permita evaluar si una sentencia judicial —cuyo origen es la discrecionalidad— es mejor o peor. En esta perspectiva, las tres obligaciones generales que pesan sobre todo juez, a saber, atenerse al caso particular, seguir las directrices del sistema jurídico para resolver lagunas y fundamentar la sentencia, son el baremo crítico de evaluación.

El nivel de crítica dependerá de las obligaciones incumplidas. Si es un fallo con efectos generales, sin duda es activista. De ser irracional o arbitraria la sentencia será, según si su origen es negligencia o dolo, inequitativa o ilícita. Por último, si la sentencia es deficiente en el deber de fundamentación, ya sea en su dimensión formal o material, la evaluación es más compleja, ya que dependiendo el grado de cumplimiento la sentencia podrá evaluarse como mejor o peor. Sin embargo, lo anterior estará sujeto a los legítimos disensos de la opinión pública y la comunidad jurídica, donde cada quien podrá esgrimir sus razones o perspectivas para defender o atacar el fallo; salvo deficiencias muy manifiestas o la carencia total de fundamentación, —lo cual sería un incumplimiento de la segunda obligación—.

En consecuencia, cuando la comunidad jurídica crítica una sentencia que resuelve una controversia con laguna normativa, si las objeciones se dirigen a mostrar un déficit en las dimensiones ya expuestas, entonces recurrir al principio de inexcusabilidad como una defensa del fallo es un error, ya que nadie está contra que el juez resuelva, sino en cómo resolvió. Por tanto, en una democracia madura que ausculta a sus jueces, estos no pueden refugiarse en el deber de fallar, sino en hacer frente a las críticas de sus fallos mostrando su solidez, siempre y cuando el juez no haya traspasado la línea del activismo o la irracionalidad, lugares donde no cabe defensa alguna.

### Referencias bibliográficas

- Alchourron, C. Bulygin, E. (1998). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Casarino, V. (1995). *Manual de derecho procesal. Derecho procesal orgánico I*. Editorial Jurídica de Chile.
- Etcheberry, J. (2014) Rule of Law y discrecionalidad judicial: compatibilidad y recíproca limitación. *Revista Derecho del Estado*, n°36, pp. 3-21.
- Martínez, P. (2012). El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 (n°1), pp 113-147.
- Verdugo, M. Pfeffer, E. Nogueira, H. (1994). *Derecho constitucional II*. Editorial Jurídica de Chile.