

RAZONAMIENTO DEL JUEZ. DERECHO, JUSTICIA Y REALIDAD

ANA MARIA WATKINS SEPULVEDA
Universidad de Chile

He escogido referirme al tema "Derecho, Justicia y Realidad", para tratar de enfocar en esta perspectiva tridimensional el razonamiento del juez. Esta trilogía nos lleva al terreno de las formas del saber jurídico y podemos constatar que estos elementos han dado origen a tres disciplinas diversas: a la Dogmática Jurídica que se ocupa del elemento normativo, a la Filosofía del Derecho que se avoca al estudio del elemento axiológico y a la Sociología Jurídica que se refiere al elemento fáctico.

El elemento normativo consiste en que el Derecho Positivo se presenta como un ordenamiento jerárquico, cuyo contenido es la conducta social humana, dotado de coactividad, para hacer cumplir sus prescripciones o restaurar el equilibrio jurídico quebrantado por la infracción de la norma.

El elemento axiológico o valorativo consiste en que la normativa jurídica es siempre aglutinadora de ciertas preferencias o determinados valores directa o indirectamente atribuibles al creador de la norma jurídica positiva, lo cual demuestra que todo ordenamiento jurídico aspira a la realización de ciertos fines y a la protección de situaciones e intereses determinados que se estiman valiosos.

El elemento fáctico se refiere a ciertos hechos y conductas que se vinculan con la normativa jurídica. En la génesis de la norma se distinguen las fuerzas modeladoras del Derecho y el acto de creación de la norma y durante su existencia posterior, estas conductas y hechos se traducen en la observancia o inobservancia y en la aplicación o no aplicación de la norma.

El derecho regula la vida en sociedad y debe adaptarse a la realidad, recogiendo los valores predominantes en el grupo social que rige. Las valoraciones y preferencias prioritarias y los fines e intereses privilegiados pueden ser constatados en el mismo ordenamiento jurídico positivo en el cual cristalizan por medio de las conductas que éste permite, prohíbe o exige. De la misma manera, el elemento axiológico aparece de manifiesto en relación con el Derecho en cuanto en toda sociedad podemos verificar la existencia de determinados valores y preferencias generalmente dominantes, las cuales al coincidir o discrepar de las valoraciones y preferencias de la normativa jurídico-positiva, pueden tener algún grado de influencia en la eficacia o ineficacia de la norma. Así las cosas, la norma es entendida como una regla precisa que debe aplicarse. En cambio, el elemento axiológico se entiende con un contenido teleológico y también lo encontramos como una aspiración en cuanto el Derecho debe ser justo y garantizar el orden, la paz y la seguridad en las relaciones sociales,

es decir, realizar el bien común. Así, todo ordenamiento jurídico positivo debe tener determinadas finalidades generales, a partir de las cuales pueden desprenderse ciertos criterios estimativos que permiten evaluar su contenido prescriptivo y funcionamiento.

Sin embargo, lo dicho precedentemente no quiere decir en absoluto que el Derecho lo veamos como un producto social formado por la concurrencia copulativa de los tres elementos a los que aludíamos: norma; conducta y valor. Todo ordenamiento jurídico positivo es una normativa específica reguladora de la conducta humana. No obstante, podemos constatar que el Derecho así concebido aparece vinculado inevitablemente a determinados hechos y conductas y también a valoraciones, fines y preferencias, cuya descripción y verificación contribuyen a un entendimiento global y no parcelado del fenómeno jurídico. En consecuencia, el hecho de destacar los elementos fácticos y axiológicos inherentes a todo ordenamiento jurídico no puede ser mirado como un atentado para arrancar al Derecho de su campo constitutivamente normativo.

Hans Kelsen define el Derecho como "normatividad coactiva", careciendo de importancia el contenido que tenga y no debiendo confundirse con los actos de su creación ni con los hechos posteriores de su observancia o inobservancia y aplicación o inaplicación. Así las cosas, la norma jurídica se define como el sentido objetivo de un acto creador de Derecho, pero no es equivalente a este mismo acto. Asimismo, toda norma debe ser obedecida y aplicada, pero no puede ser confundida con los actos de obediencia y aplicación que ella reciba.

De ahí, entonces, que la validez y la obligatoriedad de la norma jurídica no dependa de su contenido prescriptivo específico. O sea, con prescindencia de que sea justo o injusto, conveniente o inconveniente, bueno o malo, necesario o innecesario e independientemente de que esa norma, en cuanto deber ser, resulte luego obedecida por el grupo social regido y aplicada por los órganos jurisdiccionales.

Pese a todo, no podríamos enfocar la Teoría Pura del Derecho como una doctrina que se abstraiga de toda consideración fáctica y axiológica en relación con el Derecho y su conocimiento, pero tampoco podríamos verla como una doctrina tridimensional del Derecho que lo aborda como una realidad compleja compuesta por norma, valor y conducta. Más bien, debemos focalizarla como una teoría predominantemente normativa que confiere a los valores y hechos con significación jurídica una consideración compatible con sus postulados.

La atención de la Teoría Pura del Derecho por el elemento fáctico se centra en la insistencia de que la normativa jurídica supone siempre actos a través de los cuales es creada y también supone actos posteriores a su creación por medio de los cuales es efectivamente obedecida o desobedecida y aplicada o inaplicada.

Así, la norma no es un hecho ni una conducta, pero supone un acto de creación, lo cual es un hecho. De la misma manera, la norma se refiere a determinadas conductas que deben ser y éstas, una vez llevadas a cabo por los individuos regidos por el ordenamiento jurídico y aplicadas por los órganos jurisdiccionales, también constituyen hechos sociales con significación jurídica.

Kelsen distingue entre una Teoría Estática del Derecho y una Teoría Dinámica del Derecho atendiendo a su objeto. La Teoría Estática tiene como objeto una determinada normativa en estado de reposo, en cambio, la Teoría Dinámica tiene por objeto la norma y la serie de actos por medio de los cuales el Derecho es creado y aplicado.

En cuanto al fundamento de la validez de la normativa jurídica, éste lo encontramos siempre en una norma superior del ordenamiento jurídico que regula el acto de creación de la norma de rango inferior que se incorpora al mismo ordenamiento y, en definitiva, en la norma básica presupuesta que permite dar un carácter normativo tanto a las decisiones del primer legislador como a las de quienes, con posterioridad continúan la tarea de creación del Derecho, por delegación del primer legislador.

Cuando decimos que una norma es válida queremos significar que la norma existe como tal y por ello tiene obligatoriedad jurídica, o sea, que la norma debe ser obedecida y aplicada. La obligatoriedad de una norma no depende de su contenido ni del hecho que durante su existencia resulte efectivamente obedecida y aplicada, sino que depende de la norma superior que regula la creación de dicha norma inferior. En la medida que esa norma inferior sea coherente con la norma superior será válida.

En consecuencia, una norma puede ser válida y eficaz o puede ser válida, pero ineficaz. Validez y eficacia no son sinónimos. La eficacia se refiere a la correspondencia general existente entre el esquema conductual de tipo ideal contenido en la norma y las conductas efectivamente realizadas por los sujetos cuyo comportamiento rige la norma. Así las cosas, una norma que es válida debe ser obedecida y aplicada y una norma que es eficaz en el hecho es obedecida y aplicada. Es obedecida por los individuos imperados y aplicada por los órganos jurisdiccionales, que son los llamados a la aplicación coactiva de la norma en los casos en que no tenga lugar espontáneamente la conducta exigida por ésta. Para aplicar coactivamente la prescripción de la norma general y abstracta, deberá crear o generar, como dice el Ministro don Carlos Cerda, una norma particular y concreta coherente con la primera, ya que la segunda es la verdaderamente coactiva.

Para Hans Kelsen la eficacia es la condición de la validez, lo cual no significa que una norma sea válida porque es eficaz. de acuerdo a la solución realista, ni tampoco que la eficacia nada tenga que ver con la validez, conforme a la solución idealista, sino que tanto un ordenamiento jurídico estimado como un todo, al igual que una norma aislada del mismo, dejan de ser válidos si no consiguen ser eficaces. En otras palabras, un ordenamiento jurídico en su totalidad o una norma aislada del mismo requieren ser eficaces para conservar su validez. Esto significa que si la normativa jurídica no es cumplida espontáneamente, siendo amplia y generalizadamente desobedecida e inaplicada, dicha normatividad no puede ser ya considerada como válida, o sea, no puede ya tenerse como existente y obligatoria, porque su cumplimiento coercitivo sería imposible, dado que el aparato represivo del Estado no daría abasto.

Esto nos lleva al fenómeno de la derogación de la norma jurídica por la costumbre contra ley. Cuando la norma es generalizadamente desobedecida o ignorada por el grupo social que rige e inaplicada por los órganos jurisdiccionales, en la práctica, se produce su derogación por desuso y ello ocurre porque es imposible hacer cumplir coactivamente a la comunidad toda la prescripción de la norma desobedecida, siendo imposible su aplicación. Así, toda la normativa referente al censo está en la práctica derogada por desuso. Hace más de cincuenta años que nadie en Chile lo ha celebrado, dada nuestra realidad económica.

Todo ordenamiento jurídico positivo se apoya en un determinado sistema de valores, preferencias o creencias para alcanzar ciertos fines e intereses, pero su entidad como tal no depende del juicio que pueda formularse respecto de esos valores, fines e intereses. En consecuencia, desde una determinada perspectiva de los valores,

es decir, desde un determinado punto de vista de lo que DEBE SER, puede calificarse un ordenamiento jurídico como justo o injusto, pero no puede dársele el apelativo de jurídico o no jurídico. Por lo tanto, un ordenamiento jurídico o una norma pueden ser injustos, pero no por eso van a dejar de ser jurídicos.

De esto, desprendemos que el Derecho no es lo mismo que la Justicia. El carácter jurídico de un ordenamiento, o sea, la existencia o validez de un ordenamiento jurídico en cuanto tal depende de ciertos datos e interreferencias normativas absolutamente verificables al margen de cuál sea la idea de justicia a partir de la que se catalogue a dicho ordenamiento como justo o injusto durante su existencia.

Ahora, si las valoraciones predominantes en una sociedad coinciden con las preferencias, valores, fines e intereses que se procura realizar a través de la normativa jurídico-positiva dictada para ese mismo grupo social, esta normativa tendrá indudablemente grandes posibilidades de ser eficaz, es decir, de ser obedecida espontáneamente y aplicada. Al contrario, si los valores generalmente dominantes en la sociedad no coinciden y son discrepantes con aquellos que se intenta realizar por medio de la normativa jurídico-positiva establecida para regir a ese grupo social, tendrá menos posibilidades de resultar eficaz porque su cumplimiento espontáneo resultará mucho más difícil.

Para que el Derecho mantenga su eficacia debe irse adaptando a la realidad y ello se consigue en gran parte con la aplicación de las normas que hacen los jueces al interpretarlas de una manera más acorde a las circunstancias que se viven. Si el Derecho no se adecúa a la realidad y a las necesidades sociales es letra muerta y la mejor forma de llevar a cabo esta adaptación es por la vía jurisprudencial. Hay quienes sostienen que la aplicación de la norma es un problema de constatación de hechos más que de razonamiento. Esto ocurre cuando la norma es una prescripción de conducta que se agota en su formulación. Sin embargo, en otros casos, la formulación de la norma es muy vaga, por lo cual, su aplicación, necesariamente, implica un acto de creación. Lo mismo ocurre cuando no hay regla aplicable al caso, dado lo novedoso de éste.

Lo que rige la realidad y la vida social no son las normas generales y abstractas (Constitución, Ley, Decreto Reglamentario, Auto acordado), sino las normas particulares y concretas (contratos, sentencias judiciales, simples decretos y resoluciones administrativas). Por lo mismo, los Tribunales de Justicia, al aplicar una ley, deben crear o generar una sentencia, es decir, desprender de una norma general y abstracta una norma particular y concreta. En esta elaboración el órgano jurisdiccional puede y debe adecuar la norma a la realidad social que se vive, por medio de la interpretación que de ella haga.

Sin embargo, toda norma particular, para ingresar al ordenamiento jurídico y evitar su exclusión del mismo, por los mecanismos que éste contempla -a los que nos referimos luego- debe ser justificada, lo cual excluye, absolutamente, la idea de arbitrariedad, no así la de discrecionalidad.

El Derecho entra en contacto con la realidad a través de las normas particulares. Son éstas las que dan vida al tráfico jurídico y las que pueden aplicarse coercitivamente. Las normas generales y abstractas jamás se aplican coercitivamente. Con ellas, jamás entramos en contacto directo. La norma coactiva es la norma particular y concreta, la norma general y abstracta permite usar la coactividad, pero no es la que en definitiva impone la fuerza. En la realidad, las normas generales no nos tocan, sino que imponen el marco de creación de la norma particular.

En efecto, la norma general y abstracta nos permite celebrar un contrato, nos da la posibilidad de llevarlo a cabo, pero lo que nosotros vivimos en la realidad es el contrato, nuestra propia norma particular, al comprar el periódico, al coger el bus, al ir al cine, al arrendar una casa de veraneo, etc. Del mismo modo, la norma general y abstracta ordena "no matar" y prescribe una sanción para el que la contravenga. Esta norma general y abstracta contiene una prescripción de conducta y atribuye una consecuencia al infractor. Sin embargo, la norma que realmente castiga al homicida es la norma particular, la sentencia condenatoria.

La norma general y abstracta, como dice Hans Kelsen, "es una proposición lógica sin más" compuesta por un antecedente y un consecuente: "el que mate a otro" -antecedente- "será castigado con tal pena" -consecuente. Esta norma no impone sanción alguna, sino que prescribe una conducta: "no matar" y señala la consecuencia en caso de su quebrantamiento: "la pena prescrita". Esta norma debe aplicarse por el juez porque no tuvo un cumplimiento espontáneo por parte del infractor, sino que fue desobedecida, quebrantada. Al aplicarla, el juez creará para el infractor una norma particular y concreta a partir de la norma general y abstracta. El juez desprende la sentencia de la ley, la cual debe interpretar y aplicar al caso sometido a su conocimiento, por medio de la creación de una norma particular que será la que, en definitiva, sancionará adecuadamente al hechor.

Para que esto ocurra debe haber absoluta coherencia entre la norma particular creada y la norma general de la cual fue desprendida. El ordenamiento jurídico es un conjunto de normas coherentes y armónicas y el mismo señala la forma de excluir aquellas normas incoherentes, a través de mecanismos que el mismo ordenamiento contempla. Esto tiene gran importancia porque, como ha quedado dicho en lo precedente, la norma jurídica obliga y tiene validez porque está incorporada al ordenamiento jurídico. Por eso, debe haber entre todas las normas que lo integran la debida armonía y coherencia, por cuanto van arrancando su valor unas de otras.

La estructura del ordenamiento jurídico es la de una pirámide invertida, encontrándose en la parte más alta la Carta Fundamental. Particularmente, en el caso de nuestra legislación el orden jerárquico es el siguiente: a) Constitución y normas de rango constitucional, b) Tratados Internacionales y otros acuerdos internacionales suscritos y ratificados por Chile, c) Leyes Internas y otras normas con rango legal, d) Reglamento, e) Reglas Técnicas emanadas de autoridades competentes, f) Resoluciones Administrativas, g) Sentencias Judiciales, y h) Contratos, Convenciones y Declaraciones Unilaterales de Voluntad.

Al igual que en todo ordenamiento jurídico, en el nuestro las normas de jerarquía inferior arrancan su validez de las de mayor rango. A fin de evitar que se incorporen al sistema normas incoherentes, nuestra legislación contempla una serie de mecanismos para excluirlas, ya sea con anterioridad a su incorporación o una vez que ya han sido formalmente incluidas. Antes de su dictación, el Tribunal Constitucional juega un papel fundamental para dirimir los conflictos que surgen entre los poderes colegisladores en la etapa de discusión y elaboración de las leyes y en esta misma etapa, la Contraloría General de la República, mediante el trámite de la toma de razón, respecto de los Decretos con Fuerza de Ley, Decretos Supremos y Resoluciones Administrativas. Una vez que ha entrado en vigencia, también se contemplan medidas y recursos para excluir las normas incoherentes, así, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de que conoce la Corte Suprema, el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República que vela por ciertos derechos garantizados en el artículo precedente y que permite

a las Cortes de Apelaciones, en primera instancia, y a la Corte Suprema, en segunda instancia, adoptar todas las providencias que estime convenientes para restablecer el imperio del derecho, cuando se han cometido actos arbitrarios o ilegales que lesionen dichos derechos constitucionalmente garantizados.

Además, para corregir las sentencias judiciales dictadas con infracción de ley o contrarias a Derecho consagra el recurso de casación en la forma de que conocen las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, el recurso de casación en el fondo y de revisión de que conoce la Corte Suprema y el recurso de apelación, de que conoce el tribunal superior jerárquico de aquel que dictó la resolución recurrida, al igual que el recurso de ilegalidad para atacar resoluciones administrativas ilegales, del cual conocen las Cortes de Apelaciones en primera instancia y la Corte Suprema en segunda. Además, contempla todas las sanciones de ineficacia contenidas en Códigos sustantivos, para excluir del ordenamiento jurídico todos aquellos actos jurídicos celebrados en contravención a las leyes. De este modo, entonces, se procura excluir todas aquellas normas incoherentes, cualquiera que sea el rango jerárquico que ellas tengan.

Desde otro punto de vista, el ordenamiento jurídico no tiene vacíos, ya que, en el silencio prescribe y contempla la forma de integrar las lagunas legales para resolver las controversias de que conocen los Tribunales de Justicia. En efecto, el ordenamiento jurídico regula toda conducta social posible, ya que al hacer la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, en el silencio, prescribe, existiendo una prohibición en el primero y una permisón en el segundo. De igual forma, dispone la manera de integrar las lagunas legales recurriendo en primer término a la analogía - un caso similar- luego, a los Principios Generales de Derecho -pilares inamovibles que inspiran sus normas (buena fe, responsabilidad, enriquecimiento injusto, debido proceso, etc.)- y, por último, a la equidad natural -sentido inherente de justicia que todos tenemos, en virtud del cual podemos discernir entre lo bueno y lo malo.

La mejor forma de vivir en sociedad para asegurar la paz, la justicia y la libertad es el Estado de Derecho, que cumple con tres requisitos básicos y esenciales: un sistema de normas jurídicas u ordenamiento jurídico integral, una separación de poderes del Estado y el respeto y garantía por los derechos fundamentales de la persona humana. Con esta organización existe un mayor grado de certeza jurídica para los individuos, ya que todos sus actos están regulados anticipadamente en las normas, como ha quedado dicho en lo precedente, sus derechos están protegidos y tutelados por el ordenamiento jurídico y si las normas no se obedecen espontáneamente, se cumplirán coercitivamente.

Estimo una gran contribución a la certeza jurídica el hecho de que se hayan instaurado salas especializadas en la Corte Suprema, ya que ello es fundamental para la generación de jurisprudencia uniforme. En efecto, antes de la reforma, había ciertas salas que en una determinada materia fallaban en un sentido y otras en el sentido diametralmente opuesto. Entonces, se producía el absurdo de que en unas salas se reconocía y protegía un derecho y en otras el mismo derecho era desconocido y no se amparaba, lo cual creaba incertidumbre respecto de la existencia misma del derecho, lo cual nos lleva al plano de la arbitrariedad judicial.

En relación al cumplimiento espontáneo del Derecho, éste se produce porque la norma jurídica recoge un *mínimum ético* y en la medida en que el valor recogido en la norma sea respetado por los individuos que rige, mayor eficacia tendrá la norma y su imposición coactiva será mínima.

Sin embargo, hay ciertos valores que tienen mayor trascendencia y otros que tienen menor importancia. En determinadas oportunidades se produce una colisión de valores y deben sacrificarse los de menor jerarquía en favor de los superiores. Hay casos prácticos en que esta elección de valores debe ser hecha por los Tribunales de Justicia. Así, por ejemplo, en el caso de la familia Luksic y otros personajes del ambiente nacional que vieron menoscabada su honra por la publicación del libro "Impunidad Diplomática" del autor Francisco Martorell. Los agraviados recurrieron de Protección invocando el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de 1980, que garantiza el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. Martorell solicitó el rechazo del recurso amparándose en la garantía del N° 12 de la misma disposición que asegura la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa. Expresado en términos lógicos, esto se traduce en los términos "mejor" o "peor". Los órganos jurisdiccionales deben tutelar el derecho inspirado en el valor que creen mejor. En consecuencia, dos valores pueden ser contradictorios entre sí, pero ser, al mismo tiempo, igualmente válidos. Aquí entramos al campo del razonamiento puro.

En este caso, la Corte de Apelaciones y luego la Corte Suprema, en sentencias que se han debatido y analizado ampliamente en las cátedras universitarias, debieron interpretar la Carta Fundamental armonizando estas dos prescripciones y decidiendo cuál era el valor de jerarquía superior que debía ser amparado preferentemente.

Ahora, si una norma posterior es contradictoria con una anterior, siendo ambas de general aplicación e igual jerarquía, debe entenderse que la segunda ha derogado a la primera y no pueden ser simultáneamente válidas, como ocurre con los valores que recogen las normas. En consecuencia, dos normas contradictorias no pueden coexistir, en virtud del principio de coherencia y armonía contenido en todo ordenamiento jurídico y por aplicación del elemento sistemático y del elemento lógico en el proceso de generación de la norma particular y concreta que decide el caso sometido al conocimiento del juez sentenciador.

La labor de los jueces es muy importante porque la jurisprudencia es una fuente extraordinaria para adecuar la legislación a la realidad de la comunidad. El Derecho debe estar constantemente adaptándose a la realidad y recogiénola en sus normas porque en la medida que el Derecho se aparta de la realidad, el legislador se convierte en un sepulturero de la norma, que es fácilmente sobrepasada por los hechos. El Derecho debe ser el cauce por el cual fluye la vida de la comunidad y no un dique de contención de la misma. En consecuencia, es el juez quien debe insuflar nueva vida a una norma obsoleta, mediante la interpretación de la misma, conforme los tiempos que se viven.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico debe ser el instrumento que posibilite a los sujetos satisfacer sus necesidades de justicia, garantizar sus derechos y tener la certeza de que si sufren un atropello estarán protegidos adecuadamente.

Idealmente, el legislador debería anticiparse y prever los problemas sociales que ocurrirán en el futuro y dictar las normas legales adecuadas que permitan solucionarlos. Sin embargo, lo que generalmente ocurre es que en la realidad primero se presentan los problemas y luego el legislador dicta normas específicas que permiten solucionar dichos conflictos. En el tiempo intermedio tiene extraordinaria importancia la labor de los Tribunales de Justicia que están obligados a fallar, aun en ausencia de ley aplicable al caso específico sometido a su conocimiento. La evolución del Derecho se produce con motivo de su aplicación al crear una nueva norma particular que se incorpora al ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, en la medida en que el Derecho recoja la realidad y contenga los valores fundamentales vigentes en la sociedad que rige, mayores posibilidades de certeza y de eficacia tendrá y mejores probabilidades de hacer justicia efectivamente tendrán los órganos jurisdiccionales.