

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

2001

20 AÑOS DE
NUESTRA SOCIEDAD



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (+) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2001

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 19
2 0 0 1

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de Valparaíso, Católica de Temuco, de Concepción, de Chile, de los Andes, Internacional SEK, del Mar, Diego Portales, de la República, y de Valparaíso.

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

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. S. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

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

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2001

20 AÑOS DE NUESTRA SOCIEDAD

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



lución'. Pero yo no soy capaz de ver qué más pudiera haber, aparte del hecho que, de acuerdo a la interpretación correcta, el derecho obliga al juez a fallar en un determinado sentido. ¿Qué hace correcta a una interpretación? ¿Hay algo que la haga correcta *en adición* a los argumentos en virtud de los cuales yo creo que es correcta? Si a mí me preguntan, por ejemplo, cuándo, de acuerdo al derecho chileno, se perfecciona el contrato de compraventa de bienes inmuebles, responderé que al momento de darse escritura pública. Pero supongamos que me preguntan *por qué* creo eso, *en virtud de qué* ese enunciado es correcto. Yo responderé que yo creo el art. 1801 del Código Civil ("La venta de los bienes raíces [...] no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública") es claro, que esa interpretación es compatible con la de una serie de otros artículos del mismo código, que es razonable, etc. Pero supongamos que mi interlocutor insiste: 'Pero', podría decir, 'esas son simplemente *sus* opiniones, *su* contribución a un consenso más o menos extendido sobre la correcta interpretación del art. 1801. *Aparte de sus opiniones*, qué más hay que obligue al juez a declarar que un contrato de compraventa de bienes inmuebles no es perfecto mientras no se haya dado escritura pública? ¿O aparte de sus razones para creer eso y el extendido consenso que hay entre abogados chilenos al respecto, 'no hay nada que obligue al juez a adoptar una determinada solución?'. Mi respuesta será... que esa es la respuesta correcta, porque a mi juicio el texto del art. 1801 es claro, porque esa interpretación es compatible con la de una serie de otros artículos del mismo código, porque es razonable, etc. Sólo podré repetir los mismos argumentos ya ofrecidos. *No hay nada más que yo pueda decir*. La búsqueda de 'algo' adicional que obligue al juez es la búsqueda de *El Dorado*. No hay, ni puede haber, nada más.

LA CREACION DE DERECHO POR EL JUEZ *

EUGENIO BULYGIN

El sábado 1 de diciembre, bajo el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social conmemoró 20 años de existencia. La pieza central del evento fue la conferencia sobre "Creación y aplicación del derecho", dictada por Eugenio Bulygin, presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho. "Artes y Letras" aprovechó la oportunidad para conversar ese día con el Profesor Bulygin acerca del tema de su conferencia.

—*En esta ocasión, usted ha vuelto a sostener con la lucidez y vehemencia que caracteriza sus planteamientos las tesis de la labor creadora de derecho del juez. Entiendo que hay una clara continuidad entre la tesis sostenida hace ya bastante tiempo y su opinión actual sobre el tema.*

"Ya que hablamos de continuidad, permítame primero agradecer la invitación que me ha hecho la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, y felicitarla por haber cumplido ya sus 20 años de existencia. Nosotros en Argentina tenemos apenas 19 años y hay que ver qué cosa difícil es mantener la vigencia de una institución

* Entrevista de Antonio Bascañán Rodríguez a Eugenio Bulygin, publicada en "Artes y Letras", El Mercurio, Santiago, 23 de diciembre de 2001.

dedicada a la filosofía... Se trata en verdad de un aniversario notable, por lo que los felicito efusivamente. Ahora, en lo que respecta a su pregunta, sí es efectivo que en un artículo publicado por mí en 1966 sostuve parte importante de las tesis que hoy he mantenido. Por lo tanto puede decirse que mi concepción acerca de la función creadora y aplicadora del juez tiene una considerable continuidad”.

—Resumida en su forma más simple, su tesis consiste en sostener que en ciertos casos los jueces crean derecho, y que cuando ello sucede lo que crean son normas jurídicas generales.

“Efectivamente. Lo que desde Hans Kelsen siempre se ha dicho sobre esto es que el juez es un órgano creador de normas individuales. Lo que yo sostengo y mantuve hoy en mi conferencia, es que el juez, si realmente crea algo, entonces crea normas generales y no normas individuales. Y esto lo digo no sólo del Tribunal Supremo de un sistema jurídico o de un Tribunal Constitucional, sino de todos los tribunales”.

—Examinemos por partes esta tesis. En primer lugar, es importante precisar desde qué punto de vista usted examina la actividad del juez en la sentencia. No es inusual que se crea que este tipo de cuestiones son preguntas acerca de los estados o procesos mentales del juez, preguntas para la psicología o sociología judicial. ¿Es esta su perspectiva?

“No lo es. Por cierto que los jueces son seres humanos y que en su desempeño realizan actividades físicas y psíquicas. Y desde luego que investigaciones psicológicas o sociológicas acerca del comportamiento de los jueces y su identidad individual o colectiva pueden ser del mayor interés. Pero esa no es la perspectiva desde la cual yo examino la distinción entre creación y aplicación del derecho. Yo parto del resultado de esa actividad, que es la sentencia, y la examino como un razonamiento normativo. Desde este punto de vista, la resolución del juez es una conclusión y en los considerandos de la sentencia se encuentran las premisas, de las cuales se infiere esa conclusión”.

—Y su tesis consiste en sostener que no es en la resolución o conclusión, sino en las premisas o considerandos donde se encuentran las normas jurídicas creadas por el juez ¿no es así?

“Precisamente, esa es mi tesis. Aunque yo agregaría que esa actividad creadora del juez no ocurre en forma habitual sino que solamente tiene lugar en situaciones excepcionales, a saber, cuando hay casos no regulados por las normas generales del derecho. En estos casos, el juez se ve obligado a suplir una norma general que resuelva el caso y que le permita adoptar una decisión sobre el caso particular”.

—Con esta tesis usted se opone a una concepción arraigada. Me refiero a la idea tradicional de que la creatividad judicial se produce con ocasión de la adopción de una decisión para el caso particular, y que por lo tanto se encuentra o se relaciona con la parte resolutive de la sentencia.

“Correcto. Pero, ¿por qué uno tendría que aceptar dicha tradición?”.

—Porque entre el momento anterior a esa resolución y el momento posterior las personas y cosas que van a ser objeto de esa decisión tienen un status diferente. La sentencia altera ese status mediante una calificación o evaluación que tiene efectos institucionales.

“Eso es innegable. Pero no es relevante como creación del derecho. La así llamada ‘creación de normas individuales’ es una mera aplicación de normas generales. Hans Kelsen habla de una creación de normas, pero en realidad no es tal cosa. Se estima que por tener un carácter más concreto, al individualizar por ejemplo a las personas afectadas, y por lo mismo no poder ser deducible de la norma general, la norma individual es una norma creada por el juez. Pero esto es un error. La norma individual sí es deducida, sólo que no solamente de la norma general, sino de ésta en conjunción con otras premisas. En los considerandos de las sentencias no sólo figuran las normas generales como premisas, sino además las descripciones de los hechos. Y tomadas en conjunto, a las que eventualmente se añaden”.

den definiciones u otras proposiciones, de estas premisas sí se deduce la norma individual”.

“Luego, aunque cumpla funciones realizativas importantísimas, el establecimiento de la norma individual no constituye creación, sino aplicación del derecho”.

—Este argumento supone un concepto lógico de creación del derecho. ¿Podría explicitarlo?

“No sé si es adecuado hablar de un concepto lógico de creación del derecho. En todo caso, el argumento sí presupone la identificación de una condición necesaria para que se pueda predicar en un sentido preciso de una norma que ha sido ‘creada’. Esa condición consiste en que el contenido de la norma no ha de ser idéntico al de alguna otra norma, perteneciente al mismo orden jurídico, ni ha de ser una consecuencia lógica de otras normas”.

—Luego, si la resolución debe justificarse, es decir, tiene que ser una consecuencia de una norma general, falla la condición. ¿Hay por lo tanto una contradicción entre la exigencia al juez de que fundamente su decisión y la consideración de esa decisión como un acto de creación?

“Yo no lo diría en esos términos. Lo que sucede es que la sentencia judicial, en tanto razonamiento normativo, es un conjunto complejo de enunciados. Y su mayor peculiaridad es la relación que existe entre ellos. En tanto decisión del legislador, por ejemplo, la ley es la pura parte resolutive, separada de sus fundamentos. Eso no sucede con la sentencia, en que la resolución y la fundamentación son inseparables. Luego, en los casos en que hay creación del derecho por el juez, no resulta enteramente adecuado sostener que la creación se restringe solamente a la fundamentación. Más bien, porque hay creación de normas generales en la fundamentación es que la sentencia es un acto de creación del derecho, y la norma individual es la primera concreción de esa norma general así creada. En todo caso, bajo el deber de fundamentar la decisión, no es concebible una sentencia con una pura norma individual. Si no hay una norma general preexistente que justifique su decisión, el juez tiene que crear una norma general que la justifique”.

—¿Y en qué sentido es una norma general esa que el juez crea en los considerandos de su sentencia?

“Bueno, para que pueda ser una premisa, debe consistir en un enunciado normativo que se refiera a una clase de individuos y a una conducta que se puede realizar u omitir en un número ilimitado de ocasiones”.

—Pero, en qué sentido puede decirse que esa norma formulada por el juez existe en el sistema jurídico como una norma general, sin contar con la institución del precedente judicial?

“La existencia de la norma general está dada por la existencia de la misma sentencia en que es formulada. Las mismas razones por las cuales reconocemos que una sentencia existe justifican la afirmación de que esa norma general existe. Existe en el sistema como parte de la sentencia”.

“Su pregunta se refiere a la cuestión de en qué sentido esa norma general es una norma obligatoria. La existencia y la obligatoriedad son conceptos distintos. Una norma existe como norma válida si ha sido establecida por un órgano competente. Una norma es obligatoria si las autoridades encargadas de su aplicación tienen el deber de aplicarla. Y el juez que formula una norma general en su sentencia está obviamente obligado a aplicarla en la decisión del caso”.

—Pero ese es un ámbito de obligatoriedad que no se distingue del ámbito de la norma individual.

“De acuerdo. Pero el juez se encuentra obligado por esa sentencia también para casos futuros, aunque en cierto modo en un sentido un poco metafórico de ‘obligar’. Si el juez ha resuelto un caso particular, no tiene deber jurídico de resolver otros casos de igual manera, pero por razones de coherencia racional debe resolver los otros casos del mismo modo. O, si no lo hace, debe indicar exactamente cuáles son las razones por las cuales no lo hace. Si un juez resuelve un caso similar o igual al que ha resuelto de una manera distinta sin indicar razón alguna, incurre en irracionalidad. Yo creo

que a los jueces se les puede exigir un cierto grado de racionalidad. De la misma manera que se critica, revisa y corrige cuando el juez hace una deducción lógica equivocada, también debería hacerse exigible este deber de coherencia racional”.

—*¿Considera usted que la forma como obliga una norma jurídica es enteramente similar a la forma como obliga una regla lógica de inferencia?*

“No, ni siquiera similar. Es otro tipo de obligación, una de coherencia racional distinta de una obligación jurídica”.

—*Entonces, ¿cómo puede afirmarse, siguiendo su tesis, que en virtud de esa sentencia ha cambiado el sistema porque se ha introducido en él una nueva norma general, y al mismo tiempo aceptar que esa nueva norma jurídica carece de obligatoriedad de la forma en que las normas jurídicas obligan?*

“En primer lugar, la nueva norma general no carece de obligatoriedad jurídica: la tiene para las partes del juicio. En segundo término, la obligatoriedad de la norma general establecida por la sentencia queda a la espera de lo que suceda después en otros juicios. De alguna manera la creación judicial de normas generales es una obra colectiva. Requiere reiteración de fallos. Pero también puede darse la situación de que un solo fallo sea decisivo para la existencia de una norma general creada judicialmente. En la Argentina, por ejemplo, tenemos el caso del recurso de amparo, que fue creado por una decisión judicial. Después el legislador adoptó una ley que lo reglamentó, con lo cual lo privó del carácter de derecho jurisprudencial”.

—*Hasta el momento, usted ha partido de la base que el juez crea una norma general cuando debe resolver un caso que no encuentra una solución normativa en el derecho preexistente. ¿Cuál es su concepción de la interpretación de disposiciones que sí existen? A su juicio, ¿qué status tiene la contribución argumentativa que el juez hace al interpretar disposiciones legales frente a esta distinción entre creación y aplicación del derecho?*

“Esa es una cuestión contingente, que hay que ver en cada caso. A veces, el juez al interpretar realiza lo que yo llamaría creación del derecho. Pero a veces la aludida interpretación no es más que aplicación. Habría que verlo en cada caso particular. No hay un criterio general que permita calificar de creación o aplicación todo caso de interpretación”.

—*Como sea, su respuesta implica defender la tesis de que no sólo en los casos de lagunas o vacíos legales, sino también posiblemente en los casos de interpretación del derecho preexistente, hay un espacio importante a la discreción judicial.*

“Sí, es cierto. Pero en mi concepción ese es un espacio muy limitado. Yo creo que ha sido exagerada su importancia”.

—*¿Y cómo se hace cargo usted de las objeciones de justicia formal al reconocimiento de la discrecionalidad judicial? Lo que la decisión discrecional hace es aplicar retroactivamente la norma general creada para justificar la decisión.*

“Sin duda. De hecho ocurre así”.

—*¿Y eso no le resulta problemático desde el punto de vista de la justicia formal?*

“Bueno, puede que no nos guste, pero así es”.

—*Pero esta no es una cuestión de gustos, ni una disputa acerca de lo que de hecho sucede. Es una pregunta acerca de lo que les está jurídicamente permitido hacer a los jueces.*

“No tiene por qué producir un escándalo, al fin y al cabo son casos muy excepcionales. Si los jueces todos los días crearan normas generales, probablemente esto realmente produciría un escándalo, pero eso no ocurre. Los jueces sólo crean normas generales cuando hay un caso no regulado por las normas generales. De modo que no hay que exagerar”.

—Suponiendo que este diagnóstico suyo fuera correcto, ¿aún así, cualquiera que defendiese una teoría moral del derecho tendría a su juicio que reconocer y justificar excepciones a la prohibición de aplicar retroactivamente el derecho?

“Sí, sin duda. Si una teoría moral del derecho quiere además ser una teoría verosímil, tiene que justificar que en ciertos casos se aplique el derecho retroactivamente. La creación de normas generales por el juez es uno de esos casos”.

DOCUMENTO