

DERECHO, EQUIDAD Y *PRAXIS*. REFLEXIONES EN TORNO A LA PRUDENCIA EN LAS DECISIONES JURÍDICAS

*Diego Pérez-Lasserre** **
*Francisca Cerón Sotomayor****
*Nicole Farías Muñoz*****

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto justificar que las decisiones jurídicas se pueden considerar rectas en caso de ser prudentes. En particular, argumentaremos que en el contexto de la *praxis* jurídica las decisiones se han de ubicar en un punto medio entre la seguridad jurídica (predictibilidad) y la apertura a lo excepcional y heterónimo (vida concreta). El mapa de ruta que orientará este trabajo es el que sigue: argumentaremos que la mediación que hace el juez en el contexto de la aplicación del derecho hace necesario reflexionar del modo en el que opera la comprensión humana (1). Luego justificaremos que la apertura del derecho a elementos ajenos a la normatividad positiva (escrita) hace necesario incorporar la prudencia del juez en tanto mecanismo de rectitud de las decisiones jurídicas (2). Por último, sacaremos algunas conclusiones de todo lo dicho (3).

Palabras clave: Prudencia judicial, comprensión humana, *praxis* jurídica, equidad; apertura a lo excepcional.

* Este artículo contó con el apoyo de la Vicerrectoría de Investigación y Doctorados de la Universidad San Sebastián - Proyecto VRID_FAPPE22/03.

** Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián, Valdivia, Chile. Doctor en Filosofía por la Universidad Diego Portales y la FernUniversität de Hagen (Alemania). Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: diego.perezl@uss.cl

*** Estudiante de 5° año de la carrera de Derecho, Universidad San Sebastián, sede Valdivia, Chile. Correo electrónico: fcerons@correo.uss.cl

**** Estudiante de 5° año de la carrera de Derecho, Universidad San Sebastián, sede Valdivia, Chile. Correo electrónico: gfariasn@correo.uss.cl

INTRODUCCIÓN

El juez está situado entre lo abstracto y lo particular, en medio de las leyes positivas y la vida concreta. La tarea que tiene encomendada no es sencilla, pues debe articular descripciones generales (textos legales) con una realidad que emerge siempre de modo excepcional y que, por lo mismo, se resiste a ser resumida en unas pocas palabras. Esta titánica tarea, a su vez, implica una responsabilidad no menor, pues es el juez quien, en última instancia, hace nacer (o no) la justicia en la realidad práctica.

Si nos aproximamos a la función judicial desde una perspectiva normativista y mecánica, entonces la labor de administrar justicia parece una tarea relativamente simple. Lo único que ha de hacer el juez es subsumir los casos concretos bajo las descripciones generales contenidas en la ley escrita. Sin embargo, es la propia realidad concreta la que da cuenta de que el hacer justicia no es tan fácil como ponerse un zapato de la talla adecuada. Sucede que muchas veces hay casos que no estaban previstos por el texto legal, o que una interpretación literal de las palabras de la ley lleva a una solución sumamente injusta –piénsese en el clásico ejemplo de aplicar la prohibición de subir mascotas al transporte público a una persona no vidente y su perro lazarillo. Son estos casos, aquellos que solemos llamar excepcionales o difíciles, los que nos obligan a hacernos conscientes de la finitud y precariedad de las leyes escritas. Esto es, a reconocer que el apego irrestricto a la ley escrita no es suficiente.

Ahora bien, el polo contrario tampoco es deseable. Con esto nos referimos a que una justicia fundada en la sensación o idea de justicia de un determinado juez no es sana para una comunidad política. Es fundamental que existan reglas mínimas que establezcan un marco de lo recto e injusto, que determinen un mínimo universal de conducta exigible a todo miembro de la sociedad. En caso contrario, la justicia se transforma en el capricho de quien ostenta el poder de decidir (en este caso el juez) y la vida política en caos. Es necesario comprender, entonces, que quien realiza un acto judicial no está actuando de modo privado, sino que es un individuo que está realizando un acto para la comunidad, acto que, por lo mismo, debe ser explicado, fundamentado y justificado de modo adecuado.

Este breve desarrollo nos permite formular el problema contra el que arremeteremos en este trabajo, a saber, las condiciones bajo las cuales se puede considerar una decisión jurídica en tanto recta. Si bien esta es un asunto mayúsculo para el derecho y, por tanto, no pretendamos solucionarlo de manera definitiva, en las páginas que siguen justificaremos que la pregunta por la rectitud de las decisiones judiciales debe buscar el punto medio entre dos extremos igual de nocivos: el normativismo mecanicista y el decisionismo caprichoso. Es decir, argumentaremos que resulta fundamental que el juez conozca la ley y ajuste su conducta a la misma. Pero insistiremos, al mismo tiempo, en que no debe olvidar que su función (y vocación) es la justicia. Por ello debe prestar igual atención a las particularidades del caso al que debe aplicar las descripciones generales contenidas en el texto normativo.

En síntesis, este trabajo tiene por objeto reflexionar acerca del modo con el que es posible aterrizar la virtud de la prudencia a la *praxis* jurídica. El mapa de ruta que orientará nuestra tarea es el siguiente: comenzaremos reflexionando respecto de la necesidad del elemento humano y la consideración de la realidad concreta en la aplicación del derecho (1), para luego profundizar en el modo desde donde es posible encontrar el punto medio entre la mera legalidad y el decisionismo (2). Para terminar, concluiremos con una breve reflexión en torno al lugar de la equidad en el derecho (3).

1. PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN DEL DERECHO

El acto humano judicativo procede de la voluntad de la persona precedida por la inteligencia. La capacidad intelectual faculta a quien realiza dicho acto humano para acceder al conocimiento de la realidad, saber sin el cual la voluntad no podría actuar. En materia de decisiones judiciales, ello significa que el juez que institucionalmente tiene la función de realizar actos judicativos utiliza su humanidad, por ponerlo de algún modo, para obtener conocimiento de la realidad sobre la que ha de juzgar. Esta reflexión nos permite adquirir consciencia que el acercarse al estudio del acto humano judicativo exige examinar las características del agente que conoce y decide a la luz de dicho conocimiento. Es decir, hace necesario el aproximarse a las características de la comprensión humana. En este apartado nos dedicaremos a dar sustento racional a esta afirmación.

Aristóteles nos dice que las criaturas racionales tenemos la capacidad de distinguir entre lo justo y lo injusto¹. A su vez, los seres humanos podemos determinar nuestro actuar en el mundo a la luz de dicho conocimiento acerca del bien y el mal. Es decir, somos libres para determinar, dentro de ciertos límites, nuestro modo de ser². El juez, en tanto ser humano, también es libre de determinar su modo de ser *en tanto juez*. Puesto de otro modo, él tiene la capacidad de definir su actuar en tanto buen o mal juez. La pregunta que naturalmente surge es: ¿bajo qué condiciones específicas podríamos considerar a un individuo como *buen juez*? El intentar formular una respuesta relativamente coherente a esta pregunta hace necesario, nuevamente, considerar las facultades humanas que entran en juego en contextos de naturaleza judicativa. Esto es, nos llevan a tomar consciencia de que una decisión es un acto

¹ Aristóteles, *La política*, Libro I, cap. 2.

² Heidegger profundiza en esta *Libertad fundamental u ontológica* en: Martin Heidegger, *The essence of human freedom: an introduction to philosophy*, trad. Ted Sadler (London & New York: Continuum, 2002).

humano, acto en el que, por lo mismo, intervienen la inteligencia y la voluntad³. Por tanto, un buen juez debiese, por una parte, tener un conocimiento adecuado de la realidad concreta respecto de la que ha de juzgar, pero al mismo tiempo tener su voluntad orientada hacia el bien (que en el caso del derecho toma el nombre de justicia). Una buena decisión jurídica, entonces, debe ser una síntesis de un conocimiento adecuado de la realidad (y de las normas y principios jurídicos que la rigen) y una voluntad orientada hacia el bien. Solo bajo esas condiciones se podría aseverar que se está administrando justicia de modo recto.

Ahora bien, hemos de considerar que inteligencia y voluntad no operan *desde* el vacío. Esto es, quien se enfrenta al dilema de decidir acerca de algo no es un ser humano abstracto que comprende el mundo desde la nada, sino un individuo concreto que posee cierto conocimiento previo del mundo tiene cierto estado anímico, intenciones o motivaciones políticas, económicas, religiosas, valóricas, etc. Puesto de otro modo, los individuos encargados de tomar decisiones jurídicas (los jueces) tienen *pre-juicios* (juicios o conocimientos previos) que entran en juego a la hora de la toma de decisiones. Es por eso que se suele exigir como requisito habilitante a un juez que tenga el título profesional de abogado, pues se asume que alguien que decide jurídicamente debe tener conocimientos jurídicos previos. A su vez, inteligencia y voluntad tampoco operan *hacia* el vacío. Muy por el contrario, el acto judicativo tiene por objeto tener un efecto en la realidad concreta. En lo que sigue indagaremos en la atención que han de tener los jueces a la realidad concreta a la hora de juzgar. En el apartado siguiente nos preocuparemos de los mecanismos de control que se debiesen considerar para evitar que el juez falle exclusivamente desde sus prejuicios.

En lo que se refiere al modo en el que se utilizan las facultades que provienen de la inteligencia, el Aquinate, siguiendo a Aristóteles, señala que es importante destacar el uso teórico y el práctico de la razón⁴. En el primero, la búsqueda de la verdad (teórica) se basa en la idea de la correspondencia o adecuación de las articulaciones de la mente con la *realidad*. Puesto de modo sencillo, puedo decir que he

³ Tomás de Aquino hace un detallado análisis de los actos humanos, centrándose en los conceptos de voluntariedad, intención, elección, y deliberación. Son aquellos que suponen en nosotros una razón para ejecutarlos, siendo esta razón el valor que adscribimos a algo que es, por esta razón, el fin al que se ordena nuestro acto. *Suma Teológica* I-II, cuestiones 6 a 21.

⁴ Sellés, Juan. *Razón teórica y razón práctica según Tomás de Aquino* (Pamplona: Eunsa En: Cuadernos de anuario filosófico) 2000, 12 p. Afirma Tomás de Aquino en la *Suma Teológica* que “el entendimiento práctico y el especulativo no son potencias distintas. Y la razón es porque (...) lo que es accidental respecto a la formalidad del objeto a la cual se refiere una potencia, no diversifica esa potencia. Como es accidental al color que sea un hombre su sujeto o el que sea grande o pequeño, por lo cual una misma potencia visiva es quien lo aprehende. Y es accidental en el objeto percibido por el entendimiento, el que se ordene a la acción. Ahora bien, en esto difieren el entendimiento especulativo y práctico: el especulativo se ordena a la contemplación de la verdad y el práctico ordena lo aprehendido a la acción”. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*. I, q. 79, art 11, ad 1.

llegado a cierta verdad si es que la imagen que se generó en mi mente en forma de un concepto o idea *calza* con aquello que me están mostrando mis sentidos. En el caso del uso práctico de la razón, lo que se busca es una conformidad con el *apetito recto*⁵. Esto es, una disposición subjetiva del agente de *praxis* hacia el bien. En este segundo caso, para participar de algún modo en la “verdad práctica” no basta una mera adecuación con la realidad, sino que es necesario actuar de modo recto a la luz de las contingencias que se nos presentan en la vida cotidiana. Esto es, en el uso práctico de la razón hay un momento de realidad que es fundamental, pues es a la luz de esa realidad, la que es concreta y siempre cambiante, que se ha de determinar el recto actuar del agente de *praxis*. A modo de ejemplo, por medio del uso teórico de la razón puedo llegar a la conclusión de que lo que tengo frente a mí es o no una manzana. La verdad de la afirmación “esto es una manzana” depende de la conformidad del concepto que tengo en mi mente, en este caso manzana, con lo que mis sentidos perciben. La razón práctica, en cambio, pone frente a mí varias posibles acciones a realizar con dicha manzana: ¿he de comerla, regalarla, lanzarla a una persona que desprecio o dejar que se pudra en el frutero? Es decir, el uso práctico de la razón pone frente a un sujeto concreto, y no a una entelequia⁶, el dilema de **decidir** cómo desplegar su existencia ante circunstancias singulares y contingentes.

Estas reflexiones nos permiten volver al dilema de las decisiones jurídicas y preguntarnos: ¿qué función cumplen ambos usos de la razón en el derecho? La respuesta supone, por un lado, que el juez se acerque al conocimiento de lo que es el derecho y sus dimensiones. Esto es, por medio del uso teórico de la razón el juez conocerá las leyes y principios jurídicos que rigen a una determinada comunidad política, así como las particularidades del caso concreto que clama justicia. La verdad, en tanto inclinación natural de la capacidad intelectual del ser humano, le permite al juez leer la realidad más allá del dato empírico. Esto es, le abre la posibilidad de basarse no solo en los hechos y pruebas que las partes le exponen, sino que de adentrarse a la alteridad (caso concreto, normas jurídicas, situación política y existencial en el que se despliega el caso, etc.) para poder tener una visión más acabada respecto de la decisión a tomar. Así, a la luz de su inteligencia, el hombre (juez) no solo conoce, sino que se apropia inteligiblemente de las cosas; es decir, no se queda en lo que

⁵ El término “apetito”, usado en el aristotelismo, designa “deseo, pasión y voluntad”. Así, en la facultad apetitiva confluyen lo sensible y los elementos dinámicos y prácticos propios de la voluntad, regidos por la inteligencia (...) Por eso, denominó *verdad práctica* a la conformidad de la acción humana, con el apetito recto. Vid. Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (Madrid: Alianza, 2001), VI.

⁶ En palabras del estagirita, “lo verdadero y lo falso –objeto del entendimiento especulativo– que es sin *praxis*, pertenece al mismo género de lo bueno y lo malo, solo se diferencian en que lo verdadero y lo falso son denominaciones absolutas, lo bueno y lo malo en cambio denominaciones relativas a alguien”. Aristóteles, *De Anima* (Madrid: Gredos, 1978), libro III, cap. 7.

perciben sus sentidos, sino que es capaz de trascender la exterioridad de lo que aparece a los sentidos para descubrir lo que ellas son y hacia dónde tienden⁷.

Asimismo, es la razón práctica la que posibilita la acción judicial propiamente tal, esto es, la recta administración de justicia por medio de la *realización* del derecho. Entonces, ambos usos de la razón están presentes. Conviene aclarar que, si bien el juez está capacitado intelectualmente para hallar la verdad acerca del derecho de una persona, y posee la voluntad para inclinarse a ella, ello no acontece de manera necesaria. Se precisa que estas facultades estén bien dispuestas y orientadas hacia sus objetos propios. El juez que no realiza de manera efectiva los derechos produce un desvanecimiento en lo que respecta a su voluntad, es decir, aunque la inteligencia le muestra el bien exigido, esta no se inclina hacia él. Es por ello que utilizamos el término *realizar*, pues el mismo hace referencia al concepto de *realidad*⁸. Esto significa que se enfoca la atención en algo distinto e independiente del sujeto y que, por esta razón, no debe su existencia a él. Si la finalidad de una decisión judicial consiste en *realizar* el derecho, esto indica que, en dicho acto humano, existe una referencia a algo real. Esto es, que tiene que ver con la verdad de las cosas, que es independiente al sujeto –en este caso el juez– que conoce dicha realidad (del derecho) y la lleva de la potencia al acto mediante una sentencia.

El reconocimiento de la *realidad* en tanto centro neurálgico de la actividad judicial no implica la negación de la incidencia de factores legales u extralegales (principios, costumbre, jurisprudencia, etc.) en la toma de decisiones. Muy por el contrario, esta reflexión tiene por objeto corregir el error que se suele cometer a la hora de intentar comprender el sentido de la función judicial: la de limitar al juez a una máquina encargada de subsumir casos concretos bajo descripciones generales contenidas en textos legales. A su vez, el dar relevancia a la realidad en tanto elemento central a considerar para determinar la rectitud de una sentencia nos permite evitar otro polo igual de vicioso: el decisionismo casuista o caprichoso. Si obligamos al juez a salir de sí mismo, a comprender y hacer propias las normas y la realidad, entonces el sentimiento de justicia que tiene a base de sus prejuicios se verá morigerado. El comprender el modo en el que la razón humana interviene en el derecho, entonces, nos permite encausar nuestros esfuerzos hacia la búsqueda de un punto medio entre el mecanicismo subsuntivista el decisionismo caprichoso.

En síntesis, la acción judicial es el resultado de la actividad convergente de las potencias intelectual y volitiva que operan en perfecta armonía y unidad. Estas exigen de por sí el contacto con la *realidad jurídica*, pues esa realidad es el fun-

⁷ La causa formal es la que da el carácter distintivo a cada ser; la eficiente es su principio de movimiento; y la final es el bien, porque el bien es el don de toda producción. Aristóteles, *La Metafísica*, libro IV, cap. 2.

⁸ Marquínez, Germán. *Historia de la palabra realidad desde sus orígenes latinos hasta Zubiri* (Bogotá: El Búho, 2006), pp. 7-22-24.

damento y fin hacia el cual la justicia y verdad están orientadas. El recordar esto nos evita problemas mayúsculos para el derecho pues, como bien dice Voegelin, “el abandono del principio de finalidad al interior de una ciencia como la jurídica, fácilmente la torna en ideología”⁹.

2. CORRECCIÓN DE LAS DECISIONES JURÍDICAS: ENTRE LA LEGALIDAD Y LA EQUIDAD

El acápite anterior nos permite concluir, y con cierta tranquilidad, que el elemento humano es inevitable en el derecho. Las normas y principios jurídicos, si bien necesarios para el establecimiento de un marco en el que una comunidad política pueda desplegarse de modo relativamente pacífico, no bastan para que el derecho cobre vida. Las prescripciones normativas han de ser aplicadas por un individuo concreto (un juez) para que nazcan en la *praxis* jurídica.

Lo anterior, si bien fundamental a la hora de comprender los problemas que genera una visión reduccionista del fenómeno jurídico que lo limita a los textos positivos, no está exento de problemas. La inclusión de lo humano en el derecho hace necesario hacerse cargo de este elemento a la hora de preguntarse por las condiciones en las que una decisión jurídica es correcta. Puesto de otro modo, si opto por centrarme solo en la norma, como lo hace el positivismo en su manifestación normativista, entonces solo he de ocuparme de la precisión del texto legal (que las descripciones generales y universales que hace se condigan con la realidad que se pretende regular). En cambio, el aseverar que el derecho se constituye a partir de la síntesis entre la norma, el caso concreto y el ser humano que articula estos elementos, hace necesario preocuparse no solo de la norma, sino también de las características del ser humano que vincula el mundo de la abstracción (normas) con la dimensión concreta de la existencia (casos particulares a los que la norma se aplica). En este apartado argumentaremos que la inclusión de lo humano en la ecuación jurídica hace necesario exigir a este elemento humano la razonabilidad y comunicabilidad de su decisión por medio de la substanciación de la misma. Solo bajo estas condiciones sería posible aseverar que su decisión es recta.

Como bien señala Husserl, el derecho se enfrenta constantemente a un desajuste entre norma y realidad. En sus palabras,

la aplicación de las normas jurídicas a los sucesos de la vida cotidiana se encuentra con dificultades peculiares. Una y otra vez nos encontramos con que las disposiciones de nuestro sistema legal no encajan del todo cuando se trata de controversias

⁹ Voegelin, Eric. *Nueva ciencia de la política* (Madrid: Rialp, 1968), ed. José Emilio Sánchez Pintado, p. y ss.

que surgen de acontecimientos cotidianos típicos. Tanto si se trata de una disputa entre un cliente y un camarero, o si viajeros se pelean entre sí o con el conductor de un transporte público, o si se trata de una imperfección oculta en una coliflor comprada, nunca es posible resumir el caso bajo las rúbricas de la ley¹⁰.

Esto es, si bien la generalidad y abstracción de las normas es necesaria y fundamental para que estas sean capaces de regular un gran número de situaciones *típicas*¹¹, ello conlleva el olvido de la riqueza y particularidad de las situaciones las que se deben aplicar. Así, por ejemplo, la norma que en Chile exigía a todo individuo sacar un permiso para transitar de un lugar a otro durante la pandemia COVID-19 olvida que hay ciertas situaciones, como las de violencia y abuso sexual, en donde la persona se ve imposibilitada de hacer tal trámite a la hora de transitar por la vía pública¹².

El problema que lo anterior nos presenta es, por lo menos, doble. Por una parte, si tendemos a considerar que la justicia se encuentra en la imparcialidad de la norma, entonces el peligro del olvido de las particularidades del caso concreto aparece. El ejemplo ya dado, en el que carabineros multó a una mujer que iba camino a denunciar una violación por no respetar el toque de queda, permite ilustrar con claridad suma las consecuencias de una posición como la recién descrita. El polo contrario, empero, no está exento de problemas. Si atribuimos la justicia exclusivamente a la capacidad del juez para hacer frente a las singulares y particulares características del caso concreto que ha de resolver, entonces el decisionismo caprichoso surge como un riesgo no menor para el derecho. Esto es, la posición según la cual la justicia se encuentra exclusivamente en el caso concreto, de modo que la decisión del juez ha de fundamentarse únicamente en las consideraciones que tenga a la luz del mismo. En una perspectiva como la recién descrita, cada caso pasa a constituir su propio mundo y realidad. La comunicabilidad de las razones esgrimidas para llegar a una decisión se hace imposible; el derecho se torna en mero casuismo.

¿Qué hacer, entonces, para determinar un criterio que nos permita distinguir si una decisión jurídica es o no correcta? La clave está, como bien nos dice Aristóteles, en encontrar el justo medio¹³ entre dos extremos igual de viciosos: el normativismo

¹⁰ (Husserl 297).

¹¹ Esto es, que suelen ocurrir con cierta frecuencia dentro de una comunidad política.

¹² Para más información de este caso paradigmático ver: <https://www.elmostrador.cl/braga/2020/07/10/mujer-iba-a-denunciar-una-violacion-cuando-fue-detenido-por-carabineros-por-no-respetar-el-toque-de-queda/>

¹³ Encontrar el justo medio no es fácil. El mismo Aristóteles nos dice que “es trabajoso el ser hombre de bien, pues cuesta atinar con el justo medio en cada caso. Así como cualquiera puede pintar un círculo, pero es difícil encontrar además su punto central, del mismo modo es fácil encolerizarse, y también lo contrario a esto, pero quedarse en el justo medio es difícil” (Aristóteles, *Magna Moralia* 149-50).

exacerbado y el casuismo decisionista. En palabras del estagirita, “parece que es injusto el trasgresor de la ley, pero lo es también el codicioso y el que no es equitativo; luego es evidente que el justo será el que observa la ley y también el equitativo. De ahí que lo justo sea lo legal y lo equitativo, y lo injusto, lo ilegal y no lo equitativo”¹⁴. Es decir, hay dos dimensiones a las que hay que prestar la atención al momento de determinar la justicia de una decisión jurídica: la legalidad y la equidad.

Hemos de respetar las leyes pues, en teoría, ellas buscan el bien y la felicidad de la comunidad política. En palabras de Aristóteles, “las leyes se ocupan de todas las materias, apuntando al interés común de todos o de los mejores, o de los que tienen autoridad, o a alguna otra cosa semejante; de modo que, en un sentido, llamamos justo a lo que produce o preserva la felicidad o sus elementos para la comunidad política”¹⁵. Puesto de otro modo, las normas jurídicas que rigen a una comunidad política no suelen establecerse por mero capricho (salvo, quizás, en sociedades consumidas por la corrupción o la ignorancia). Las mismas tienen por objeto posibilitar que los individuos que despliegan su existencia en ellas tengan la oportunidad de lograr su mayor realización espiritual y material¹⁶. Es por ello que los jueces y operadores jurídicos y políticos han de atenerse a ellas a la hora de cumplir sus roles en la comunidad política. Podemos señalar, por tanto, que, en circunstancias normales, esto es, que se desenvuelven en el marco de lo que regularmente ocurre, los jueces han de atenerse a la legalidad (textos positivos) en el contexto de la toma de decisiones jurídicas.

El problema, como bien da cuenta la referencia a Husserl en *supra*, es que los textos legales son finitos y precarios. En cambio, la realidad concreta a la que estos se aplican es inconmensurable, esto es, emerge de modos que no son previsibles por la mente humana. Puesto de otro modo, las normas jurídicas regulan situaciones que se prevé que suelen ocurrir con cierta regularidad en una comunidad. Ello permite proveer a los seres humanos de una relativa certeza jurídica (la que es anhelada con suma intensidad por los individuos). La realidad concreta, empero, es incalculable, de modo que las articulaciones racionales que tienen por objeto anticiparse al modo en el que se despliega la existencia se muestran incapaces de hacerse cargo de la misma. Es decir, el modo excepcional en el que emerge la realidad concreta tarde o temprano pone en jaque a la norma jurídica (la que está, como bien se dijo, hecha para regular situaciones relativamente normales)¹⁷.

¹⁴ *Ética a Nicómaco*, V 1, 1129b10-15. Se ha utilizado la siguiente traducción: (Aristóteles, *Ética Nicomaquea & Ética Eudemia*).

¹⁵ *Ética a Nicómaco*, V 1, 1129b10-15-20.

¹⁶ En ese sentido, el artículo 1 de la Constitución Política de la República de Chile.

¹⁷ Los llamados “Estados de Excepción Constitucional” son un reconocimiento legal de la finitud y precariedad de los textos legales ante situaciones existenciales excepcionales.

Por eso surge el famoso problema de la equidad (*epieikeia*), que trata Aristóteles en el libro V de la *Ética*:

“lo equitativo es justo, pero no [lo justo] según la ley, sino una corrección de lo justo legal. La causa es que toda ley es general, y hay cosas de las que no es posible expresarse correctamente en forma general. Entonces, en los casos en que es necesario expresarse en términos generales, pero no es posible hacerlo correctamente, la ley considera lo que se da las más de las veces, sin ignorar el error.

Y no es [por eso] menos correcta, pues el error no está en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues tal es, sencillamente, la materia de las [cuestiones] concernientes a la acción. Por tanto, cada vez que la ley habla en términos generales, pero de hecho se da, en lo que atañe a ella, algo [que está] al margen de lo general, entonces es acertado, allí donde el legislador no atendió a algo y cometió un error por hablar en sentido absoluto, corregir la omisión; eso diría el propio legislador de estar ahí presente; y si hubiese previsto [el caso particular en cuestión], [lo] habría incluido en la ley. Por eso [lo equitativo] es justo, y mejor que cierta forma de lo justo, pero no mejor que lo justo en sentido absoluto, sí [es] mejor que el error causado por [el hecho de expresarse] en sentido absoluto. Y esa es la naturaleza de lo equitativo: ser corrección de la ley en tanto ésta incurre en omisiones a causa de su índole general”¹⁸.

Lo que Aristóteles nos está diciendo, a grandes rasgos, es que en aquellos casos en que la ley positiva, por su propia naturaleza finita y precaria, es incapaz de dar una solución justa a un caso excepcional, se hace necesario acudir a la equidad. El juez, entonces, adquiere la capacidad (e incluso el deber) de dar una solución al caso concreto que clama justicia, sea que la misma se adecue o no a la legalidad. Es la justicia la que se busca mediante la actividad judicial, sea que esta se supedita a la ley positiva o no.

Las reflexiones aristotélicas hacen surgir por lo menos dos interrogantes: ¿significa esto que la equidad es contraria a la ley escrita? (i) ¿Cómo evitamos que el uso de la equidad se desvirtúe y nos lleve a un decisionismo caprichoso y casuista? (ii). La misma referencia aristotélica transcrita en *supra* nos permite dar una respuesta a la primera pregunta: la equidad no solo no es contraria a la legalidad, sino que es condición de posibilidad de su perfección. Esto es, la equidad viene a ayudar a la legalidad a lograr su cometido (la justicia) en aquellos casos en que la letra de la ley es incapaz de englobar las ricas y excepcionales particularidades de un caso singular. Es por eso que resulta más adecuado señalar que la equidad apoya a la ley en aquellos casos en que su finitud y precariedad se hace manifiesta, y no que es un mecanismo que busca obliterar lo que la ley escrita señala.

¹⁸ *Ética a Nicómaco*, V 10, 1137b11-27.

Para dar respuesta a la segunda interrogante, revisaremos el criterio que provee Carl Schmitt para la corrección de las decisiones jurídicas en su texto *Ley y juicio* (1912). Al respecto, el jurista alemán nos dice lo siguiente: “una decisión judicial es correcta si se puede esperar que otro juez hubiera decidido del mismo modo. Por ‘otro juez’ se entiende aquí el tipo empírico de jurista moderno”¹⁹. Ahora bien, se ha de considerar que Schmitt no aboga por un regularismo determinado bajo criterios cuantitativos (si la mayoría de los jueces fallan de un modo, entonces se debe seguir la corriente)²⁰. Muy por el contrario, lo que Schmitt nos dice es que a la hora de aplicar el derecho un juez concreto debe decidir *como si* otro juez, que es un individuo prudente y racional que se dedica a la búsqueda incansable de la justicia, revisara su decisión y comentara si la encuentra correcta o no. El aval que busca, por tanto, no es el de la mayoría de los jueces que realmente deciden en un momento y lugar concretos, sino el de un juez ideal; es decir, el de una construcción intelectual en la que se proyectan todos los elementos que harían a un juez perfecto en el contexto de la administración de justicia. La mecánica del criterio de Schmitt, por tanto, es similar a la del imperativo categórico de Kant, que dice *obra solo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal*²¹. Schmitt parece estar formulando un imperativo categórico específico para el pensamiento jurídico, uno en el que el juez debe decidir de tal manera que su decisión podría haber sido tomada por cualquier juez medio, bien formado y prudente. El otro juez, por tanto, no debe ser considerado como un medio de conformidad, sino como una institución. Es decir, en tanto representación de una imagen ideal o arquetipo al que todo juez debe orientar su actuación a la hora de administrar justicia.

En síntesis, la legalidad nos basta para determinar la justicia de una decisión en contextos jurídicos y existenciales de relativa normalidad. Empero, en caso de verse superada la norma por la realidad, entonces hemos de acudir a la equidad con el objeto de lograr la justicia para el caso concreto. Eso sí, el uso de la equidad en tanto herramienta para lograr la justicia ha de ser prudente (y no caprichoso), de modo que se debe *calibrar* por medio de un ejercicio hipotético que tienda a la racionalidad y comunicabilidad de la decisión jurídica. La receta, entonces, es de un método para llevar la equidad de la teoría a la *praxis*.

¹⁹ (Schmitt 99).

²⁰ Sobre el regularismo, ver: (Brandom).

²¹ (Kant 126).

CONCLUSIÓN

Las ideas que hemos intentado justificar a lo largo de este trabajo son, por lo menos, dos. La primera se refiere al hecho de que el elemento humano es fundamental para que el derecho cobre vida. Una ley escrita no es capaz de interpretarse y aplicarse a sí misma, de modo que requiere, por su propia naturaleza, que un ser humano concreto se apropie de su sentido y lo aterrice al mundo práctico. La segunda idea se desprende de la primera: debido a la inevitable intervención del elemento humano en la “ecuación jurídica”, es fundamental que un mecanismo que busque determinar las condiciones con las que una decisión jurídica se pueda considerar recta considere al elemento humano. Esto es, lo que debe regularse, dentro de los límites de lo posible, es la interacción entre la norma y el intérprete de la misma.

Aristóteles nos aclara que la ley, por su propia naturaleza finita y precaria, es incapaz de englobar de modo acabado la siempre rica y excepcional realidad concreta. Es en estos casos que se hace necesario acudir a la equidad (*epietkeia*) para proveer justicia para el caso concreto. Schmitt, en cambio, por medio del criterio que proporciona en *Ley y Juicio* (1912) para la corrección de las decisiones judiciales, nos abastece de herramientas útiles para la regulación del uso y aplicación de la equidad; esto con el fin de evitar que se utilice este concepto, y el aparataje conceptual que le acompaña, para justificar un decisionismo caprichoso.

La síntesis que podemos sacar del pensamiento de estos dos autores es el siguiente: la toma de decisiones jurídicas por parte de los jueces es un acto esencialmente comunitario. El juez no falla para sí mismo, sino que para la comunidad. El rol que cumple se refiere justamente a la naturaleza política del ser humano a la que se refiere Aristóteles, pues se trata de servicio *para-el-otro*. Es esto lo que justifica la necesidad de la instauración de mecanismos que posibiliten el surgimiento de la justicia. Estos mecanismos deben tener por objeto encontrar el punto medio entre dos extremos igual de viciosos: el normativismo mecanicista y decisionismo caprichoso.

Nuestras reflexiones, entonces, nos hacen volver a la clásica pregunta por la prudencia en el derecho, pero introduciendo algunos de los elementos que aportan la filosofía moderna y contemporánea (en este caso, Carl Schmitt). Lo que podemos sacar en limpio es que, en caso de ser insuficiente la ley positiva, solo es posible lograr la prudencia en el derecho si se atiende a lo particular del caso por medio de una reflexión universal acerca del mismo. Esto es, si se logra que otro juez, bien formado y prudente, encontrase razonable la decisión que se ha tomado respecto de este caso. Por ello es necesario dar cuenta de la racionalidad de la misma. El juez, por tanto, debe generar las condiciones para su comunicabilidad por medio de la justificación rigurosa de su decisión. Incluso podemos decir que esto obliga al juez a conocer y sentir el derecho en tanto una vocación orientada a la justicia; al tomar las

decisiones debe ser capaz no solo de convencer a los demás, sino de convencerse a sí mismo y su consciencia acerca de la rectitud de su fallo. Si el derecho es lo debido, su razón de ser es que sea dado a su titular, y el medio que institucionalmente se ha establecido para que esto se dé, es la sentencia emitida por el órgano judicial de la administración interior del Estado. Por eso, existe un vínculo imposible de fragmentar entre la finalidad de la ley y la finalidad de la decisión judicial: el juez entrega, devuelve, restituye y respeta la existencia de aquello que preexiste a su decisión: el derecho. De este modo, la búsqueda de decisiones correctas en la actividad judicial exige para el juez tanto el conocimiento de lo que es la ley como el conocimiento de la finalidad y el sentido propio de su función. No hay que ignorar que el rigor en el manejo de los procedimientos lógico-argumentativos es importante para alcanzar dicha corrección. Sin embargo, esto no es suficiente. Es necesario volver la mirada hacia *el qué* y el *para qué* de la ley.

En síntesis, para evitar el normativismo mecanicista se le exige al intérprete que el sentido de las palabras de la ley se forme a la luz de las particularidades del caso. A su vez, para evitar el decisionismo caprichoso, se exige al juez que justifique su decisión de tal modo que cualquier otro juez encontraría razonable la decisión (a la luz de las particularidades del caso obviamente). El cumplimiento de esta doble exigencia permitiría, dentro de los límites de lo posible, considerar una decisión jurídica como recta.

REFERENCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea & Ética Eudemia*. Editado por Emilio Lledó y Julio Pallí Bonet, Gredos, 2014.
- ARISTÓTELES. *Magna Moralia*. Traducido por Teresa Martínez Manzano y Leonardo Rodríguez Duplá, Gredos, 2011.
- ARISTÓTELES. *Política*. Traducido por Manuela García Valdés, Gredos, 1988.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Traducido por José Luis Calvo Martínez. Alianza, 2001.
- ARISTÓTELES. *De Anima*. Traducido por Tomas Calvo, Madrid, Gredos, 1978.
- ARISTÓTELES. *La Metafísica*. Madrid, Gredos, 1994.
- BRANDOM, ROBERT. *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*. Harvard University Press, 2001.
- COLOMER, IGNACIO. La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo. En: *Revista de Derecho Procesal*. Madrid, 2001.
- DE AQUINO, TOMÁS. *Suma Teológica*. Texto web: <https://hjpg.com.ar/sumat/>
- HEIDEGGER, MARTIN. *The essence of human freedom: an introduction to philosophy*. Traducido por Ted Sadler. London & New York: Continuum, 2002.

- HUSSERL, GERHART. "Everyday life and the law (1940)". *Recht und Welt*, Vittorio Klostermann, 1964, pp. 297-313.
- IGLESIAS, MARISA. *El problema de la decisión judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- KANT, IMMANUEL. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Traducido por Roberto R. Aramayo, Alianza, 2012.
- MARQUÍNEZ, GERMÁN. *Historia de la palabra realidad desde sus orígenes latinos hasta Zubiri*, Bogotá: El Búho, 2006.
- SELLES, JUAN FERNANDO. *Razón teórica y razón práctica según Tomás de Aquino*. En Cuadernos de Anuario Filosófico. Pamplona: Eunsa, 2000.
- SCHMITT, CARL. "Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial". *Posiciones ante el derecho*, traducido por Montserrat Herrero, Editorial Tecnos, 2012.
- VOEGELIN, ERIC. *Nueva ciencia de la política*, versión por José Emilio Sánchez Pintado. Madrid: Rialp, 1968.