

---

# “EL DERECHO Y LA JUSTICIA”

**LESLIE VAN ROMPAEY**

Presidente de la Suprema Corte de Justicia

Hace ya muchos años, cuando comenzaba la carrera de abogacía un profesor de la Universidad de la República hizo una encuesta entre el grupo de estudiantes de primer año en relación a cuales eran las razones o motivos que nos habían determinado a estudiar derecho. Un muy reducido grupo en el que me contaba, sabía desde el primer día de clase que los estudios de derecho nos habilitarían a ingresar a la magistratura; estudiábamos para ser jueces. Una gran mayoría afirmaba que la vocación por el derecho arraigaba en un sentimiento profundo que les impulsaba a dirigir sus acciones en la búsqueda de proteger o tutelar los derechos humanos, a defender a aquellas personas asistidas de razón frente a los abusos de quienes ejercen el poder político, económico o de cualquier otro tipo. De igual manera, exteriorizaban su rechazo a las injusticias y su propósito de contribuir a su erradicación.

Es que en definitiva la preocupación vital se orientaba en el mismo sentido: dar a cada uno lo suyo, o lo que le corresponde, expresión que desde los clásicos del derecho romano condensa la idea de justicia.

Derecho y justicia no pueden ser conceptos escindibles; el derecho, como el más eficaz instrumento para lograr la convivencia pacífica entre los seres humanos, tiene como fin supremo la concreción del valor superior de la justicia, que a mi juicio reúne y concreta los derechos humanos, los principios generales del derecho y los valores y postulados éticos de nuestra civilización occidental arraigados en la conciencia de la comunidad.

La concepción puramente científicista y normativista del derecho no es apta para satisfacer las demandas de justicia que la ciudadanía dirige al Poder Judicial.

La norma legal se muestra insuficiente, y frecuentemente obsoleta para solucionar mediante su mera aplicación mecánica los conflictos intersubjetivos de intereses que se suscitan en una sociedad sacudida por los cambios vertiginosos y los avances tecnológicos y científicos que dejan fuera de la cobertura de la norma general, las circunstancias específicas de las nuevas realidades.

La fuerza incontrastable de los hechos, y la experiencia judicial que constatará inexorablemente el creciente desajuste entre la realidad y la norma legal superada en su previsión por el vertiginoso cambio social demostró la insuficiencia del intento de reducir la función del juez a un simple mecanismo de subsunción automática de leyes preestablecidas.

García de Enterría resalta que la gran crítica al positivismo era sencillamente el contraste con la justicia, valor sin el cual el derecho no es siquiera concebible.

No es cierto que en ningún caso sea posible aplicar la ley sin interpretarla y esta interpretación no puede reducirse a un problema mecánico de subsunción del enunciado general de la norma al caso concreto; por el contrario, en toda interpretación se reproduce necesariamente el proceso valorativo material que concluyó en la ley, deben necesariamente manejarse los valores que articulan y animan la estructura de las instituciones, las cuales son cualquier cosa menos máquinas frías y automáticas, y además están entre sí enhebradas de forma que solo los respectivos principios institucionales revelan.

El derecho no es solo la ley, se integra con las reglas reconocibles en el derecho escrito (Constitución, ley, decretos, etc.) y los principios generales de derecho, que son standards o parámetros que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se consideran deseables, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

Las Cartas Constitucionales se han convertido en documentos de positivación de la moral, lo que contribuye a reafirmar el papel del juez en la interpretación y aplicación del Derecho.

Las Constituciones consagran una gran cantidad de derechos y principios que son el reflejo de concepciones de la moralidad. Son por así decirlo, moral positivada, o como también se ha dicho, Derecho Natural positivado.

\* Clase magistral dictada en ocasión de la graduación de la segunda promoción de Doctores en Derecho de la Universidad de Montevideo.

El valor superior de la justicia condensa y dinamiza a dichos principios, que en nuestro derecho tienen rango normativo, esto es calidad de norma jurídica y jerarquía constitucional, por su consagración en los arts. 7 y 72 de la Constitución, que indican inequívocamente la recepción del jusnaturalismo personalista, en cuanto proclaman genéricamente, los derechos, deberes y garantías “inherentes a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno”.

Y la justicia no es un ideal irracional. Es simplemente un ideal, o si se quiere, una idea regulativa; no una noción de algo, sino una noción para algo: para orientar la producción y la aplicación del derecho. Para el jurista, el derecho positivo -las normas y los criterios establecidos por la autoridades- es la senda que se ha de recorrer en pos de la justicia. El operador del derecho no puede resolver ningún problema sirviéndose solo del derecho positivo, esto es, sin recurrir a juicios de valor, a juicios sobre lo justo o injusto que por lo tanto, trascienden el derecho positivo. En el fondo de cada caso jurídico que no sea puramente rutinario, suele esconderse una cuestión moral y/o política de importancia, y ellos deben ser resueltos, con militante sentido de justicia, obviamente sin desbordar el cauce normativo, sin desconocer el mandato legal imperativo, sin transgredir el principio constitucional de la separación de poderes, base de la institucionalidad republicana. No se trata de que el juez sustituya al legislador, sino de que resuelva la cuestión controvertida, dentro del marco del ordenamiento jurídico, pero recurriendo a principios y valores que doten de justificación racional y aceptabilidad social a las decisiones.

Es necesario reafirmar tales conceptos: el uso cada vez más frecuente y necesario de los principios generales de derecho y pautas hermenéuticas valorativas principales o axiológicas, tendientes a suplir la insuficiencia u obsolescencia de la ley que no se ajusta en su previsión normativa abstracta a las especiales circunstancias del conflicto sometido a la decisión judicial, no implica una adhesión a la libre creación judicial del Derecho ni la rebelión del juez contra la Ley ni la recepción de la doctrina del uso alternativo del Derecho, que pretende justificar cualquier interpretación desde criterios ideológicos.

Es verdad que la ley no es ya el único instrumento para la regulación social, pero la ley sigue siendo insustituible, porque sigue siendo verdad que es ella misma la expresión del principio democrático. La democracia no admite ya otro sistema de regulación o, si se prefiere, las sociedades democráticas siguen siendo, y esto está en la esencia de su ideario, sociedades auto reguladas, que no admiten instancias exteriores, sean monarcas o poderes absolutos unguidos por cualquier mito o por cualquier elección, o

jueces pretendidamente redentores o iluminados, auto investidos como representantes de cualquier ideología, doctrina o tradición histórica.

El juez no es un órgano ciego y automático de aplicación de las leyes pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la Ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que deba convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel ya no neutro sino activo, del juez, pero siempre orientado al servicio de la Constitución y de la ley y de sus valores propios. Al sistema jurídico no le interesa las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que les impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance.

Como decía nuestro máximo jurista, Eduardo Couture, el derecho es sin duda con todas sus imperfecciones el mejor instrumento que se ha descubierto para regular la convivencia humana. La justicia es el destino normal del derecho, el derecho apunta hacia la justicia, junto al derecho existe el amor a la paz, que es un sustituto bondadoso de la justicia. Pero envolviendo todo eso, que rige la convivencia existe la libertad, sin la cual no hay justicia ni derecho ni paz.

En último término, los jueces aspiran en su fallo a hacer una obra de justicia más que una obra de legalidad formal. Cuando una solución es justa, decía un magistrado, raramente faltan los argumentos jurídicos que la puedan motivar. El buen juez siempre encuentra el buen derecho para hacer justicia, y este es el campo fértil para la actuación de los principios generales del derecho que expresan los postulados éticos arraigados en la conciencia social cuya vigencia puede constatar el juez mediante mecanismos técnicos que eviten el puro subjetivismo o la arbitrariedad en la decisión.

Sostiene el ilustre procesalista italiano Calamandrei: La finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad, es algo más, la justicia de la cual la determinación de la verdad es solamente un premisa. Las leyes, dígame lo que se quiera de que el ordenamiento jurídico no tiene lagunas, no pueden prever todos los casos que la realidad, mucho más rica que la más febril imaginación, suscita ante el juez de manera que, también en el sistema de la legalidad, toda la ley deja al juez un cierto margen de discrecionalidad, dentro del cual él, mediante la interpretación y aplicación, viene a ser aun sin darse cuenta de ello, siempre que se mantenga dentro de ciertos márgenes, creador de derecho. Cuando se dice que en el sistema del posi-

tivismo legalista el juez no es más que el intérprete de la ley, no se debe creer que él no sea más que el portavoz inanimado y mecánico de la ley, "la bouche de la loi", como quería Montesquieu; por el contrario, la ley, aun la más precisa y minuciosa, deja al juez, no solo en la reconstrucción del hecho, sino también en la búsqueda de la relación que media entre el hecho y el precepto jurídico, un cierto ámbito de movimiento y de elección dentro del cual el juez, no solo puede, sino que debe buscar la respuesta, más que en la ley, en su propia conciencia. La sentencia no surge directamente de la ley, sino de la conciencia del juez, estimulada por múltiples motivos psicológicos, entre los cuales la ley constituye el motivo más importante, pero no el único, un motivo que, para transformarse en sentencia, tiene que encontrarse y fundirse como en un crisol con los demás motivos de orden moral, en contacto con los cuales se transforma, de abstracta proposición lógica en concreta voluntad individual. No hay norma, se puede decir, que no conceda al juez un cierto respiro de libertad creadora: el sistema de la legalidad es, no la abolición del derecho libre, sino la reducción, y podríamos decir el reconocimiento de él dentro de las casillas de la ley. Cuando el juez se encuentra ante un caso nuevo, que no recibe una solución legal clara e inequívoca, se siente naturalmente inducido a buscar la solución en el instintivo sentimiento de justicia que le dicta su conciencia, y solo en un momento sucesivo va a consultar las leyes, a fin de encontrar en ellas, a posteriori, la justificación lógica de la solución sugerida por el sentimiento. No en balde los jueces hoy, encuentran primero la parte dispositiva de la sentencia, y luego, tal vez a distancia de alguna manera, redactar la motivación.

Como dice Couture "para el hombre común ese que ahora se ha dado en llamar "el hombre de la calle", el derecho no puede ser inmoral; las normas jurídicas son normas morales, escritas en códigos y leyes y no pueden contradecir los sentimientos éticos dominantes. Lo expresaba uno de nuestros más singulares espíritus, para oponerse a cierta solución legal diciendo que "el derecho no puede ser tan torcido".

Pero esa misma proposición de que el derecho no puede ser inmoral, pasa al campo de los juristas y entonces deja de ser verdad. Existen bibliotecas enteras para demostrar que el derecho es una cosa y la moral es otra diferente, que en muchos puntos se tocan, pero que en otros se separan y hasta chocan...

Pero sucede que cuando los juristas maduran y adquieren la sazón de su pensamiento, llegan a comprender otra vez, como el hombre de la calle, que el derecho y la moral son virtualmente inseparables

Hace más de 60 años Couture advertía que en la vida de todo jurista hay un momento en que la intensidad del esfuerzo en torno a los textos legales, conduce a un estado particular de insatisfacción. El derecho positivo se va despojando de detalles y queda reducido a una ciencia de grandes planos. Pero a su vez, estos grandes planos reclaman un sustento que no les puede dispensar la propia ciencia. El jurista advierte entonces como si la tierra le faltara bajo los pies, y clama por la ayuda de la filosofía. La más grande de las desdichas que le pueden ocurrir a un estudioso del derecho, es la de no haber sentido nunca su disciplina en un estado de ansia filosófica. O mejor aún: en un estado de ansia por no haber comenzado por una plena formación filosófica, para llegar después de ella al trabajo menudo de su ciencia.

Así, el gran jurista alemán Goldschmidt en sus páginas póstumas escritas en Montevideo adonde llegó perseguido por el nazismo, y que hallara Couture dispersas en su mesa de trabajo el día que sobre ella lo abatió la muerte, decía: "el derecho es la más expresiva e impresionante, la más grandiosa y especificada manifestación de la moral sobre la tierra".

En sus Mandamientos, Couture indica al abogado que su deber es luchar por el derecho, pero el día que encuentre en conflicto el derecho con la justicia, debe luchar por la justicia. El derecho no es un fin sino un medio. En la escala de valores no aparece el derecho. Aparece en cambio la justicia, que es un fin en sí, y respecto de la cual el derecho es tan solo un medio de acceso. La lucha debe ser pues, la lucha por la justicia.

En el mismo sentido enseña Calamandrei que el derecho procesal, tiene una finalidad y es altísima, la más alta que puede existir en la vida, y se llama justicia. El proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa, o al menos para lograr que la sentencia sea menos injusta o que la sentencia injusta sea cada vez más rara.

Al final de cada capítulo de su libro "Elogio de los jueces escrito por un abogado", Calamandrei estampaba el dibujo de una balanza que sobre un platillo cargaba dos gruesos volúmenes jurídicos y sobre el otro la leve gentileza de una rosa.

El óptimo sistema judicial es aquel en que los jueces y abogados, vinculados por recíproca confianza buscan la solución de sus dudas, más que en la pesada doctrina, en la viva y fresca humanidad. En aquella balanza, en contraste con las leyes físicas, la rosa pesa más que los dos gruesos libros. A fin de que la justicia funcione humanamente, es necesario que la balanza se incline del lado de la rosa. Y añadido del lado de la justicia, de los derechos humanos y del amor al prójimo.