

Derecho y justicia

Law and justice

Daniel Hernández Stanevicius*

* Docente de Derecho Procesal de las Facultades de Derecho de la Universidad CLAEH, la Universidad Católica del Uruguay y la Universidad de la República, Uruguay. Ejerce liberalmente la profesión y es autor de diversos artículos sobre derecho procesal.
✉ stanevicius@vera.com.uy

Resumen

Este texto busca analizar la relación entre derecho y justicia desde el punto de vista de la práctica judicial. Para ello examina tanto el concepto de justicia como las soluciones que se plantean en casos de conflicto entre ambos.

Palabras clave: teoría legal, justicia, administración de justicia, procedimiento legal.

Abstract

This text seek to analyze the relationship between Law and Justice from the point of view of judicial practice. For this, concept Justice and the solutions to be followed in case of conflict between both are analyzed.

Keywords: legal theory, justice, administration of justice, legal procedure.

*Es muy veleidosa la probidad de los hombres,
solo el freno de la constitución puede afirmarla.*

José. G. Artigas, *Oración inaugural* (5.4.1813)

Advertencia

Antes de ingresar en el tema de fondo de este artículo, conviene precisar que su autor no es docente ni especialista en filosofía del derecho, sino un profesor de derecho procesal aficionado al estudio de la historia, tal como podrá apreciarse en los textos que se citan a lo largo del trabajo. No obstante, más que como docente, aborda el tema desde su perspectiva de abogado litigante preocupado por el funcionamiento de nuestro sistema de justicia.

Introducción

El presente artículo tiene por objetivo considerar —ya que no se trata de dar una respuesta absoluta— un problema que tradicionalmente ha preocupado a quienes se dedican al derecho: ¿Qué hacer en caso de contradicción entre la ley y la justicia?

Pero antes de comenzar a analizar el tema, conviene formular algunas precisiones:

- a. Todo el desarrollo que se realiza parte de una premisa fundamental: *No siempre existe coincidencia entre lo que dispone la norma jurídica y el concepto de justicia de aquel que debe aplicarla* (el juez). En la actualidad ello es universalmente admitido, por lo que no parece necesario ingresar en consideraciones más profundas sobre el punto.
- b. El presente trabajo se limitará a estudiar el problema de la contradicción entre la ley y la justicia en un lugar y en un momento determinados: el Uruguay a comienzos del siglo XXI. Ello supone que la cuestión se planteará en el marco de un sistema de derecho continental y no dentro del sistema de derecho del *common law*. Valga aquí aclarar que el conflicto entre ley y justicia también es posible en ese último sistema, si bien con menor fuerza que en el nuestro y con soluciones que no son necesariamente trasladables.

El problema que nos ocupa es, en síntesis, la posibilidad de que los magistrados fallen *contra legem*.

Así planteada, la cuestión aparenta ser de sencilla solución. Parecería que los jueces solo deben fallar según la ley, pero igualmente resulta indiscutible que también deben hacerlo en ausencia de esta. Ya nadie sostiene que el legislador ha previsto

todos los problemas concretos que pueden presentarse, sino que se ha pasado a ver al juez como un creador del derecho en el caso concreto, si bien partiendo de normas preexistentes. Pero ello también puede verse como un mero desplazamiento del problema original, esto es, que de la omnisciencia del legislador —que preveía y regulaba todas las situaciones posibles— se pasó a la omnisciencia del aplicador del derecho —que determinaría lo más justo en el caso concreto y luego buscaría su sustento normativo.

Esta solución incluso parece desprenderse del cuarto mandamiento de Eduardo J. Couture (versión 2016): «Lucha. Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia».¹ Debo reconocer que esta regla siempre me generó cierta inquietud, dada la imprecisión del propio concepto de justicia.

Es cierto que en la intención del autor el referido mandamiento aparece dirigido al abogado, pero igualmente lo es que ha sido retomado implícitamente por muchos magistrados. Más de una vez se ha escuchado a un juez expresar que primero determina cuál sería la solución justa para un caso concreto que tiene que resolver y recién luego procede a buscar los fundamentos normativos que le permitan sustentarla. Este proceder genera lógicamente la interrogante de cómo habrá de actuarse si no se encuentran ese sustento en la norma legal. ¿Debe entonces el juez descartar la solución a la que había llegado? Esa es una posibilidad, pero también cabría sostener que esa solución debe igualmente prevalecer por ser la más justa —conclusión que podría sostenerse entendiendo que la máxima de Eduardo J. Couture no solo está dirigida a los abogados, sino también a los jueces.

Retomando el título de un artículo de Hans Kelsen, todo ello hace que el problema fundamental siga siendo *qué es justicia*.

¿Qué es justicia?

*Cada época se forja mentalmente su universo.
¿Hubo progreso de una a otra? Quiero creerlo.*
Lucien Febvre (1959, p. 1)

El estudio del concepto abstracto de *justicia* no ha preocupado demasiado a los profesionales del derecho. Ello es lógico por cuanto estos profesionales siempre han estado urgidos por el problema del caso concreto que deben resolver en forma más o menos inmediata. La acuciante necesidad de resolver aquí y ahora cuál es la mejor solución

1 También citado como *El decálogo del abogado*.

para el caso concreto de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico ha llevado a que generalmente se pierda el carácter histórico de cualquier solución.

Estas razones han contribuido a que la determinación del concepto de justicia quedara generalmente en manos de los moralistas y los filósofos, quienes, lamentablemente, en muchos casos han carecido de la necesaria conciencia histórica. De este modo, han pretendido razonar desde lo absoluto, olvidando que se encuentran en una situación dada, en un momento y un lugar determinados.

Hemos debido esperar al ya lejano surgimiento de la llamada Nueva Historia (Escuela de los Annales) para que, gracias a la contribución de la moderna historiografía, comenzara a advertirse el carácter histórico no solo de la política, la economía y la sociedad, sino también de las *mentalidades* y especialmente de los valores. Así, ha quedado en claro que *justicia* no es lo mismo para un uruguayo de hoy que para otro de 1830, ni mucho menos aún para un condotiero italiano del siglo XVI.

Los preceptos morales que aplicamos tanto a la historia como a la vida cotidiana son como cheques bancarios: tienen una parte escrita y otra impresa. La parte impresa consiste en palabras abstractas como las de libertad, igualdad, justicia y democracia. Son estas categorías esenciales. Pero el cheque carece de valor hasta que rellenamos la otra parte, en la que se dice cuánta libertad concedemos a quienes consideramos como nuestros iguales y hasta qué punto. La forma en que llenamos el cheque de una vez para otra es algo que depende de la historia. El proceso por el cual se da a las concepciones morales abstractas un contenido histórico específico es un proceso histórico; y además nuestros juicios morales proceden de un marco conceptual que es él mismo una creación de la historia. (Carr, 1993, p. 110-111)

Permítaseme que haga referencia a un caso concreto, como forma de ejemplificar los razonamientos. Seguramente todos habrán oído hablar de Francisco Maciel, *el Padre de los Pobres*, autor de numerosas obras de beneficencia. Ahora bien, la base de la fortuna de Maciel era el tráfico de esclavos, la venta de seres humanos reducidos a la condición de cosas. ¿De ello debemos concluir que Francisco Maciel no era más que un gran hipócrita? Muy por el contrario, si lo hiciéramos incurriríamos en lo que los historiadores denominan un típico *anacronismo*; estaríamos juzgando a una persona de acuerdo a valores que son ajenos a la época y el lugar en el que le tocó vivir. Maciel representa una típica mentalidad de su época, para la que era tan «justo» traficar esclavos como hacer obras de beneficencia.

Todo lo dicho muestra claramente *el carácter histórico del concepto de justicia*, como el de tantos otros que han variado con el tiempo y de un lugar a otro, como habrán de seguir haciéndolo en la medida en que cambien las coordenadas de tiempo

y lugar. Por eso hemos abandonado el candoroso optimismo del iluminismo primero y del positivismo después, y hemos dejado de hablar de la *Justicia*, con mayúscula, para hacerlo de la *justicia*, con minúscula. Lo mismo ha ocurrido con otros importantes conceptos: *libertad*, *moral*, etcétera.²

En conclusión, nos encontramos ante la imposibilidad de dar una respuesta absoluta a la pregunta que titula este apartado (¿Qué es justicia?), salvo que, cayendo en el pecado del anacronismo, pretendamos darle tal valor al concepto que de ella tenemos en nuestro tiempo y espacio. Incluso nos atrevemos a decir que dicha situación, pese a los riesgos y azares que implica, correctamente entendida puede ser beneficiosa, por cuanto ha de permitir que la humanidad siga avanzando y elaborando nuevos conceptos de justicia. Por eso también debería generar la necesaria modestia en quienes los formulan.

Claro que todo el razonamiento admite una objeción. Ciertamente, es imposible formular un concepto absoluto de justicia, pero sí es posible definir la justicia en un lugar y en un momento dados. Para ello basta determinar el *concepto medio* de justicia que tienen los integrantes de esa sociedad.

Si bien es cierto, lo reseñando en el párrafo anterior merece las siguientes precisiones:

1. Se está estableciendo un concepto de justicia que podríamos llamar *estadístico* y que resultaría de una especie de encuesta, con los márgenes de error que ello implica, sobre todo cuando se trata de definir un concepto tan elusivo y complejo.
2. Es un concepto de justicia que continúa siendo histórico y que, por lo tanto:
 - a. No es universal, sino el de una sociedad determinada. Podemos decir que se trata del concepto medio de justicia, pero necesariamente se encuentra conviviendo con conceptos de justicia concretos que son diferentes, cuando no antagónicos.
 - b. En cuanto concepto medio de justicia, presenta los mismos riesgos que cualquier otro concepto obtenido por inducción. Como no existe ningún ser humano idéntico al uruguayo medio, es posible —y hasta probable— que ninguna persona concreta comparta totalmente el ideal medio de justicia.

2 «El significado de la libertad siempre es objeto de disputa y su historia es un relato de debates, desacuerdos y luchas. En *Estados Unidos, el significado de la libertad ha cambiado en múltiples ocasiones* y es aún materia de discusión a comienzos del siglo XXI. Lo mismo sucede con la definición de aquello a lo que me refiero con el nombre de “fronteras” de la libertad, es decir, con la determinación de quien tiene derecho a disfrutar de dicha libertad» (Foner, 2010, pp. 17-18).

- c. Al seguirse tratando en un lugar y un momento dados, la idea de justicia se torna variable. Lo que hoy es justicia mañana puede ser perfectamente injusticia, y viceversa. ¿Qué certeza puede edificarse sobre una base tan frágil?

Además, volviendo al tema central, no debe olvidarse que es en principio el legislador quien, al elaborar las leyes, ha de recoger el concepto medio de justicia en una sociedad, lo que torna difícil que se pueda llegar a verificar una contradicción entre ese concepto de justicia y la norma jurídica.

* * *

No podemos vencer la tentación de hacer al menos una breve referencia al *concepto abstracto de justicia*, con independencia de cualquier coordenada de tiempo y de lugar, conscientes de las limitaciones que ello implica. A nuestro entender, el concepto de justicia está indisolublemente ligado al de *seguridad jurídica*. Es más, la justicia implica necesariamente seguridad jurídica, ya que la última es un presupuesto de la primera.

Con la finalidad de evitar malentendidos e indebidas acusaciones de conservadurismo, intentaremos precisar qué entendemos por *seguridad jurídica*. A nuestro juicio, esta es la certeza que debe tener todo individuo de que su conducta será valorada de acuerdo a normas jurídicas claras, precisas, preestablecidas y públicas. De esa manera se brinda a los individuos una firme y segura protección contra la arbitrariedad, dado que van a jugar un juego cuyas reglas son preexistentes y por tanto conocidas.

Sin seguridad jurídica no puede existir justicia, porque se está dejando al hombre a merced de un decisor que se guía por criterios que él elabora sobre una base desconocida por los demás.

Obviamente, si se admite que la justicia significa seguridad jurídica, resulta difícil admitir que puedan darse conflictos entre la justicia y la ley. Pero no debemos perder de vista que el anterior es solo un concepto de justicia, o un elemento para determinar su existencia, entre tantos otros posibles, y que nada garantiza su concepto absoluto, sino más bien todo lo contrario.³ Ello sin perjuicio de que, como hemos dicho, resulta imposible sostener la existencia de un legislador omnisciente que previó todos los problemas que se le podían plantear al aplicador del derecho.

3 Piénsese en las normas elaboradas por un Estado autoritario. Tómese como caso extremo al Estado nazi, cuyas normas podían dar seguridad jurídica pero es imposible calificar de justas. En definitiva, todo esto no hace más que demostrar la imposibilidad de encontrar un concepto absoluto de justicia.

Razonando por el absurdo

Teniendo presente todo lo que hemos venido considerando, veamos ahora con ejemplos concretos los riesgos que implica admitir la posibilidad de fallar de acuerdo a la justicia cuando se encuentra en conflicto con la ley.

Para que las cosas queden más claras, tomemos los ejemplos de un juez penal y de un juez civil:

1. *El juez penal.* JJ, en su calidad de juez penal, debe dictar sentencia en el caso de VV, que cometió un delito sexual: violó a una niña de dos años. Según la planilla de antecedentes de VV, que tiene 30 años de edad, se trata del tercer delito de las mismas características que comete. Ante esa causa, JJ cree que existe un conflicto entre la solución prevista por la ley y la justicia. En función de ello recurre a relevar el concepto medio de justicia en la sociedad en la que debe decidir: Uruguay, 2018. En consecuencia, JJ condena a VV a la pena de muerte, conforme al ya referido concepto de justicia.
2. *El juez civil.* LL, en su calidad de juez civil, debe decidir en el siguiente caso: NN conducía un modesto camión, marca Ford, modelo 1950, que utiliza para hacer fletes (su medio de vida), cuando debido a una falla en los frenos se estrelló contra un camión propiedad de una empresa multinacional y provocó un grave incendio en el que un tercero, llamado PP, sufrió graves lesiones. Según surge de autos, NN tiene como única propiedad la modesta vivienda en la que reside y el vehículo con el que causó el accidente. Su núcleo familiar está integrado por la cónyuge y cinco hijos, así como por su padre incapacitado. Conforme la normativa vigente, LL debería condenar a NN a reparar los daños y perjuicios sufridos por PP. Ahora bien, LL, que tiene un acendrado concepto de justicia, entiende que en el caso se plantea un conflicto entre la justicia y la ley. Atento a lo mencionado, LL decide condenar en su lugar a la empresa multinacional, sosteniendo que es la que está en condiciones de reparar efectivamente el daño sufrido por PP.

Se pensará que los dos ejemplos que anteceden son absolutamente irreales, pero no es así. Situaciones no tan extremas pero en la misma línea de razonamiento suelen plantearse en la vida real, especialmente en lo que refiere al *juez civil*. Por otra parte, aun cuando se tratara de hipótesis absurdas, ¿qué impediría que se dieran en la práctica una vez que se admitiera la posibilidad de no aplicar la ley cuando esta se contradice con el concepto de justicia del aplicador?

Los defensores de esta última posición seguramente dirán que ese conflicto es excepcional y que no aplicar la ley en estos casos no implica ningún riesgo. Ello es

fácilmente rebatible: abierta la esclusa, no existe freno alguno. Resulta imposible determinar a priori los casos en que va a producirse un conflicto entre la justicia y la ley para autorizar entonces al juez a fallar *contra legem*; por tanto, en cualquier caso concreto podría sostenerse que ese conflicto existe y siempre se encontrarán argumentos para ello. En definitiva, quedaríamos fuera del imperio de las leyes.

Sin intención de agraviar a quienes se ubiquen en una posición contraria a la que aquí se sostiene, en este punto se torna necesario referirse a la dictadura que sufrió nuestro país en la década del setenta. Recordemos:

- a. La dictadura se justificó precisamente con el argumento de que el país pasaba por una situación excepcional, que no se condecía con la normativa constitucional vigente. Frente a esa contradicción se optó por dejar de aplicar la Constitución, alegando que debía salvarse a la nación. En otras palabras, frente a un conflicto entre Constitución y nación, muy similar al conflicto entre ley y justicia, se optó por dar primacía a la segunda.
- b. Una vez que quedó asentado que las normas podían dejar de aplicarse cuando entraban en contradicción con un valor superior, todos sabemos lo que ocurrió, por lo que no parece necesario detenerse en ello.

Naturalmente, de lo anterior no debe inferirse que quienes defienden la desaplicación de la ley cuando esta se contradice con la justicia estén defendiendo la dictadura; solo que deben tenerse presentes los riesgos que implica esa solución.

La crisis del positivismo

Si no hay Dios, yo soy dios.

Kirilov en *Demonios*, de Fiodor Dostoyevski (1994, p. 422)

Todo lo analizado en los capítulos precedentes no debe hacer pensar al lector que estamos a favor del retorno al viejo positivismo. En la actualidad resulta evidente que el positivismo se encuentra obsoleto y carece de toda viabilidad.

El positivismo, en cuanto doctrina optimista y segura de sí misma, ya no tiene cabida en el mundo actual, sea en el derecho o en cualquier otro ámbito de la vida. Demasiadas crisis y desilusiones han tenido lugar desde que los sabios dominaban el mundo en la seguridad de sus gabinetes.

Hoy en día, nadie que practique realmente el derecho puede sostener que el ordenamiento jurídico es un todo perfecto y completo, que no tiene vacío alguno y en el

que todo está previsto. En esencia, se trata de reconocer que, si bien no hay Dios, el hombre tampoco lo es.

Ya no es posible imponer a la sociedad un ordenamiento jurídico-moral derivado de la autoridad divina, pero tampoco es posible sustituirlo por otro equivalente derivado de la autoridad humana. Las limitaciones de cualquier moral resultado de la elaboración humana ya han sido referidas al considerar el concepto de justicia, por lo que no parece del caso volver sobre ellas.

Sobre la crisis del positivismo solo resta decir que, dado que el hombre no es Dios, resulta imposible que todo esté previsto en su obra, el ordenamiento jurídico. Este siempre ha de presentar vacíos e imperfecciones al ser contrastado con la realidad.

Por ello, como ya hace varios siglos señaló Voltaire (trad. 1981, p. 195):

[Unos] juzgaron bien porque siguieron los dictados de la razón. Los otros juzgaron mal porque habían consultado sus libros.

Aproximaciones

Pero ¿quién no ve que sus especulaciones son entonces puramente abstractas y que versan no ya sobre las cosas mismas sino sobre la idea bastante simple que se hace de ellas antes de haberlas estudiado empíricamente?

Henri Bergson (1963, p. 838)

Ahora trataremos de aproximarnos a algunas soluciones a las cuestiones planteadas a lo largo del presente trabajo. Se trata tan solo de aproximaciones que en el futuro otros desecharán o utilizarán como ladrillos para construir modestas casas o fabulosos palacios. En esencia, estamos reconociendo no solo el carácter perfectible de nuestro aporte, sino sobre todo su carácter histórico, que no afecta su validez actual.

Como hemos dicho más arriba, entendemos que la justicia presupone la seguridad jurídica (tal como la definimos), por lo que es difícil imaginar un conflicto entre la justicia y la ley.

Lo reseñado no implica el retorno al positivismo clásico. Por el contrario, todo contribuye a señalar la generalidad de las normas y los vacíos que presenta el ordenamiento jurídico. Es partiendo de ello que, sin olvidar las limitaciones del ser humano, debemos recurrir al *método lógico sistemático*:

- a. Interpretar las normas en su contexto.
- b. Utilizar unas normas para determinar el contenido de otras.
- c. Integrar de acuerdo a los mismos criterios.

- d. Recurrir a los principios generales del derecho cuando se encuentren consagrados expresamente en la ley o puedan extraerse de ella por inducción.
- e. Etcétera.

En definitiva, en tanto lo esencial no es la norma aislada sino su interpretación armónica con el resto del ordenamiento jurídico, la interpretación y la integración en el marco de este método brindan al aplicador del derecho numerosas posibilidades. De ese modo, el ordenamiento jurídico positivo queda dotado de una flexibilidad mayor que la que aparenta.

Por otra parte, el método lógico sistemático no implica grandes riesgos para la seguridad jurídica, pues la interpretación y la integración deben realizarse según criterios legales preestablecidos y por todos conocidos, y partiendo siempre de la norma jurídica preexistente.

Una suerte de proposiciones

Ya camino a las conclusiones concretas del presente trabajo, que son las que seguramente interesan al lector, debemos dejar asentadas algunas proposiciones que se desprenden de lo expresado y que las fundamentan:

1. *No existe un concepto de justicia abstracto o Justicia con mayúsculas, sino que el concepto de justicia tiene carácter histórico, por lo que varía según el lugar y el momento en que se formula.*

¡Se lo digo yo, carajo! Ese yo, había alcanzado a pensar Olivera, ¿qué valor probatorio tenía? El yo de los grandes ¿qué omnisciencia conjugaba?⁴

2. *El hombre igualmente debe actuar y para ello necesariamente debe elegir.*

Si nunca actuáramos según nuestras opiniones porque esas opiniones pudieran ser equivocadas, dejaríamos abandonados todos nuestros intereses e incumplidos nuestros deberes. (Stuart Mill, 1993, p. 79)

Estaba yo solo; yo solo decidí el Mal; solo inventé yo el Bien.⁵

4 Meditaciones de Julio Olivera en *Rayuela*, de Julio Cortázar (1985, p. 31).

5 Goetz en *El Diablo y Dios*, de Jean Paul Sartre (1973, p. 393).

A modo de conclusiones

La verdad, en los grandes intereses prácticos de la vida,
es una cuestión de conciliar y combinar contrarios...

John Stuart Mill (1993, p. 113).

1. Hoy, y en cuanto seres humanos imperfectos, la justicia implica la seguridad jurídica que se obtiene mediante la aplicación de una ley preexistente y conocida.
2. Dentro del sistema lógico sistemático, la interpretación y la integración permiten una relativa flexibilidad en la aplicación del derecho positivo.
3. Al optar entre las distintas interpretaciones posibles de una misma norma jurídica deben tenerse en cuenta tanto los criterios legales como el concepto histórico de justicia (o sea, la idea de justicia en un lugar y un momento determinados). Pero el recuso al concepto de justicia solo debe tener lugar en forma subsidiaria y en las condiciones reseñadas.
4. Sin embargo, aun entonces, no deben perderse de vista las limitaciones de ese concepto de justicia, que nunca será abstracto y general sino histórico y concreto. Limitaciones que deben generar la necesaria modestia en quien recurre a ella.

Referencias bibliográficas

- BERGSON, H. (1963). *Obras escogidas*. Madrid: Aguilar.
- CARR, E. H. (1993). *¿Qué es la historia?* Madrid: Planeta Agostini.
- CORTÁZAR, J. (1985). *Rayuela*. Buenos Aires: Seix Barral.
- COUTURE, E. J. (2016). *Los mandamientos del abogado*. Recuperado de <https://www.fder.edu.uy/node/20>.
- FEBVRE, L. (1959). *El problema de la incredulidad en el siglo XVI. La religión de Rabelais*. México: UTHEA.
- FONER, E. (2010). *La historia de la libertad en EE. UU.* Barcelona: Península.
- MILL, J. S. (1993). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza.
- SARTRE, J. P. (1973). *Obras*. Buenos Aires: Losada.
- VOLTAIRE (1981). «El mundo tal cual va». En *Cuentos escogidos*. Barcelona: Bruguera.