

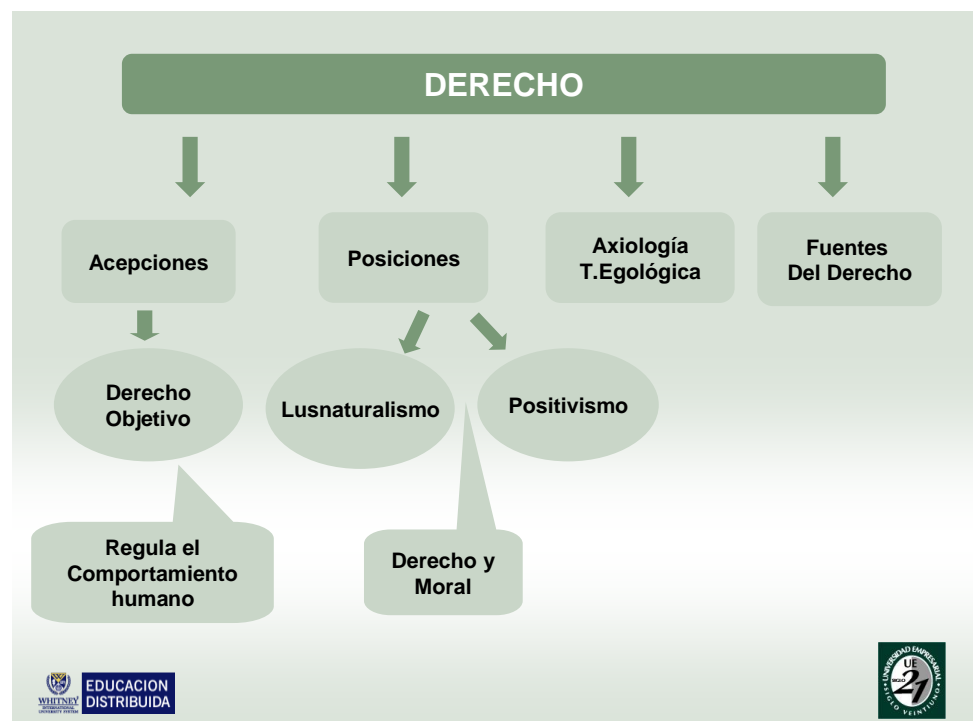
Derecho y sus paradigmas. Iusnaturalismo e iuspositivismo

3.1-El Derecho

Se abordará el objeto de estudio concreto o sea el **Derecho**; su significado, destacando su importancia y principales posturas acerca de su conceptualización. Con una visión general, se estudiarán los dos grandes paradigmas del derecho: **iusnaturalismo y iuspositivismo Jurídico**.

Se comienza con el estudio del **Derecho Natural**, el que emancipándose poco a poco de la teología se enlaza con los más altos conceptos que había alcanzado el saber jurídico. Dejando de lado los ideales y las deducciones lógicas, se realizará una apretada síntesis en las **ideas directrices** que guían el **positivismo**, para determinar su contenido esencial y sus principios fundamentales.

Se manifiesta también el problema de los valores, que son parte del **estudio de la axiología**. Dentro de ésta se abordará el **análisis de los valores jurídicos** universales e incondicionados que constituyen el "Plexo Jurídico", según lo afirma Carlos Cossio, en que se asienta la ciencia del derecho.



El derecho. Distintas acepciones

La palabra “derecho” es una palabra ambigua, es decir: se la usa en diferentes sentidos, la ambigüedad ya se estudió en el módulo anterior. Por ello es necesario precisar algunos de esos sentidos para poder ubicarse en un contexto, por ejemplo se usa esta expresión¹ como sinónimo de:

- **Algunos impuestos** como el aduanero, y en realidad son impuestos, es decir una categoría tributaria y no derechos en sentido estricto. Ej.: Aquí se cobra el “derecho” de aduana
- **Ciencia del Derecho o de algunas especialidades**, como por ejemplo “Facultad de Derecho” o “estudiante de derecho”, y en realidad no es “derecho” sino equivalente a Ciencias Jurídicas
- **De derecho subjetivo**: en este caso sí son derechos pero con “d” minúscula para diferenciarse del Derecho en sentido objetivo que es el “conjunto de normas que rige la convivencia de los hombres en sociedad”. Los derechos subjetivos (o en sentido subjetivo) son las facultades o poderes que se le confieren a las personas para relacionarse con los demás y llevar a cabo determinadas actividades. Son como “espadas” que les da el Estado a cada hombre para poder defenderse, estos pueden ser extrapatrimoniales o innegociables (los derechos potestativos y los derechos humanos) o patrimoniales o negociables porque poseen valor económico (los derechos reales, obligaciones o creditorios o personales, y los derechos intelectuales). Es clara esta acepción cuando se refiere a su titular, por ejemplo “Juan tiene derecho a cobrar”, en este caso se refiere a un derecho patrimonial que es el derecho creditorio; o “Consuelo tiene derecho a ser reconocida”, se refiere a un derecho subjetivo extrapatrimonial que es el potestativo (de Patria Potestad), o “Abelardo Torr e tiene derecho a cobrar por la venta de sus libros” se hace referencia a un derecho patrimonial, que es el intelectual; o cuando se dice “Valentina es dueña de esta casa” se refiere a un derecho patrimonial que es el derecho real de propiedad; o si se dice por ejemplo “Ramón San Pedro tenía derecho a la dignidad” se refiere a un derecho extrapatrimonial que es un derecho humano. Pero cuando alguien dice “el derecho” para esta acepción es incorrecto porque puede confundirse con el Derecho en sentido objetivo
- **De Derecho en sentido objetivo**, o positivo, o norma jurídica, como esas normas de conducta mencionadas en el punto anterior, en este sentido se puede hacer menc n a las distintas ramas del Derecho, por ejemplo: Derecho Civil, Derecho Comercial, etc.

Definición:

En definitiva esta última es la acepción de derecho (en sentido objetivo) se estudiar  en esta materia, es decir, como “sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social”². Analizando la definición podrán recordar que “sistema” se refiere a un conjunto ordenado y jerarquizado (por ejemplo a para nosotros la norma más importante es la Constitución Nacional); “coercible” se refiere a que las normas pueden ser aplicadas por la fuerza si no se cumplen (este es un carácter propio de las normas jurídicas).

El objeto material del Derecho es precisamente la conducta humana, pero como el derecho regula las relaciones entre las personas se puede decir que esta conducta humana es materia

¹ Torr e, Abelardo. *Ob.Cit.* Pág. 20

² Torr e, Abelardo. *Ob.Cit.* Pág.22

o interesa Derecho cuando está en “interferencia intersubjetiva”, es decir interhumana o social.

Desigualdad subjetiva e igualdad objetiva del Derecho

Respecto de lo analizado anteriormente sobre el derecho en sentido objetivo y en sentido subjetivo, se puede observar una “*desigualdad en los derechos subjetivos*”. En los ejemplos que se mencionaron anteriormente (“Juan tiene derecho a cobrar” o “Consuelo tiene derecho a ser reconocida”) el sujeto activo está en una situación superior que el sujeto pasivo, Juan respecto de su deudor (quien debe pagarle en virtud de alguna causa que los relacionó inicialmente, por ejemplo un contrato de alquiler) y Consuelo respecto del suyo (su padre que la debe reconocer). En realidad y coincidiendo con Torr  se habla de una desigualdad necesaria, porque es básica para favorecer las relaciones jur dicas³ y no el producto de una injusticia. En otras palabras y en un ejemplo: si Juan no tuviera derecho a cobrar (es decir, no estuviera protegido por el Derecho) nadie celebraría contratos ante la falta de certeza de cumplimiento de la otra parte.

En cambio, el *Derecho Objetivo, consagra la igualdad* entre los hombres, “igualdad de derechos en iguales circunstancias”, es un derecho contemplado en la Constitución Nacional y por lo tanto aplicable a todo el sistema jurídico. Se debe recordar que el Derecho Objetivo dota a los hombres de las facultades o poderes que implican los derechos subjetivos.

Derecho positivo y derecho vigente

La expresión “positivo” (o “puesto” por autoridad competente) surge como contraposición del Derecho Natural y se refiere específicamente al concepto ya analizado de “Derecho Objetivo”, por lo tanto se compone de todas las normas jurídicas, inclusive las que surgen por la costumbre.

A su vez, y siguiendo a Torr , ⁴ se puede clasificar en :

- Derecho positivo vigente: es aquel que es obligatorio obedecer por la gente , se aplica y se cumple, por ejemplo: si se presenta una situación de conflicto de identidad (que es un derecho humano) se aplica La Constitución, si aparece un conflicto con el medioambiente (por ejemplo contaminación por una fábrica) se podrá aplicar la ley de residuos peligrosos, y así en otros casos.
- No vigente: es aquel que no se aplica, ya sea actual (una ley que no ha alcanzado vigencia, por ejemplo una ley valida pero que aun no es obligatorio su cumplimiento por tener fecha diferida de comienzo de vigencia u obligatoriedad)), o histórico (por ejemplo una ley derogada como la ley que establecía la doble indemnización para los despidos, o el Derecho Romano)

Otros autores identifican al derecho de diferentes maneras, entre ellos García Maynez lo identifica con el que se cumple, y lo diferencia del derecho no vigente; Kelsen lo

³ En una relación jurídica un sujeto tiene la facultad de exigirle a otro el cumplimiento de una determinada conducta, todos los derechos subjetivos son tipos de relaciones jurídicas.

⁴ Torr , Abelardo. Ob.Cit. Pág.306

identifica con las normas que efectivamente serán obedecidas y no menciona el vigente o no vigente, entre otros. Otros autores diferencian vigencia de eficacia: una norma jurídica será eficaz cuanto mas espontáneamente las personas las cumplan , por propia voluntad.

El Derecho Nacional e Internacional

El Derecho Nacional es aquel que rige internamente en un Estado regulando las relaciones y la convivencia de los hombres que viven en el mismo y aplicándolas.

El Derecho Internacional rige las relaciones entre los Estados, entre éstos y las Organizaciones Internacionales (éste se denomina Derecho Internacional Público) entre los particulares de los diferentes Estados (éste se denomina Derecho Internacional Privado) .

Derecho Procesal y Derecho Sustantivo

El Derecho Sustantivo o de Fondo es el que reúne el conjunto de normas que rigen la convivencia social, estas normas se reúnen en diferentes cuerpos normativos, por ejemplo: las normas del Derecho Civil, Derecho Comercial y Derecho Penal que a su vez se agrupan el Código Civil, Código de Comercio, Código Penal, etc.

El Derecho procesal o también llamado de forma establece la manera en la que se aplican y se establecen las normas, organiza la actividad de los Tribunales y regula las actividades de los procedimientos o procesos necesarios para hacerlas efectivas y aplicarlas, por eso en la actualidad se habla de un derecho Procesal por rama, (Procesal Civil y Comercial, Procesal Penal, Procesal Público, etc.)

Derecho Público y Derecho Privado

Esta clasificación se realiza solamente a los fines didácticos, numerosas teorías se han referido a ella pero lo fundamental es distinguir convenientemente los ámbitos de aplicación de cada expresión. Tomando lo fundamental de cada una de las teorías que estudian esta clasificación (monistas y dualistas) se puede concluir según el siguiente cuadro:

Crterios	D. PÚBLICO	D. PRIVADO
Regula las relaciones entre	El Estado y los particulares o con otros Estados	Los particulares
Las relaciones son de	Subordinación de los particulares a las directivas del Estado. El Estado actúa ejerciendo su poder público (por ejemplo en los peajes)	Coordinación entre los particulares. En este caso el Estado puede actuar como particular (por ejemplo si alquila una casa para que vivan los empleados de una repartición determinada)

Ramas⁵ que pertenecen a cada uno	Derecho Político	Derecho Civil
	Derecho Constitucional	Derecho Comercial
	Derecho Administrativo	Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social(aunque esta rama toma cuestiones del Derecho Público también)
	Derecho Público Provincial	Derecho Público también)
	Derecho Público Municipal	Derecho Minero
	Derecho Financiero	Derecho Agrario
	Derecho Procesal	Derecho Internacional Privado
	Derecho Penal	
	Derecho Penal Militar	
	Derecho Tributario	
	Derecho Internacional Público	

El desarrollo de cada una de estas disciplinas se verá en el modulo siguiente

3. 2.Derecho Natural

Torré⁶ define al Derecho Natural como el “conjunto de principios normativos, puramente ideales, de validez universal y permanente...”. Los principios se refieren siempre a la idea de justicia. El estudio del valor justicia entra dentro de la Axiología Jurídica (la Axiología es el estudio de los valores). Actualmente existen precursores de esta corriente del Derecho Natural.

Este Derecho aparece en la época del Renacimiento junto con la idea de revalorizar la persona, el contexto político era el Absolutismo como régimen político , que como bien se sabe, no consideraba al hombre autónomo, en esa época los hombres eran vasallos y no ciudadanos. Surge entonces y cobra fuerza en el siglo XVII la “Escuela del Derecho natural”.

Sus principales puntos son:

- **Teoría del derecho natural:** basado en la naturaleza humana que lo descubre por la razón, esa es la manera de acceder al Derecho Natural. Unos de los representantes más importantes fue Hugo Grocio quien hizo un aporte esencial separando derecho de religión. Entonces, basado en la naturaleza humana, el Derecho existe aunque no exista Dios; por ello se dice que fue uno de los fundadores del derecho internacional al admitir que pueden coexistir Estados con bases religiosas y creencias diferentes.
- **Estado de naturaleza:** concebido como el estado original del hombre antes de que surgieran los Estados. Para el Derecho Natural este estado es necesario porque es donde se manifiesta la esencia del hombre.
- **Contrato social:** que es el que permite el paso de los hombres del estado de naturaleza a la vida en el Estado o Comunidad política. Locke, Hobbes y Rousseau hablan del contrato

⁵ Una “rama del Derecho” es cada especialidad del Derecho objetivo, los contenidos de cada una se estudiarán mas adelante

⁶ Torré, Abelardo. Ob.Cit. Pág. 472

social pero con distinciones entre ellos respecto a los fines que buscan los hombres con tal pacto. A estos autores se los llama “contractualistas”, por hablar del contrato social por el cual los hombres pasan del estado de naturaleza al Estado.

- **Derechos naturales o innatos:** originados en el estado de naturaleza en el que el hombre era plenamente libre, por lo tanto es necesario que el Estado los garantice plenamente cuando se celebra el contrato social. Estos derechos se pusieron en manifiesto en la Revolución Francesa, y solo se manifiestan plenos cuando el hombre vive en sociedad ., Estos derechos en la actualidad se denominan “derechos humanos”(de primera generación) y tienen su base (para ser reconocidos) en el triple lema de la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad (hoy conocida como solidaridad). Estos derechos son inescindibles del hombre , necesarios, inmutables e innegociables, porque hacen a su misma esencia. Por ejemplo: el derecho a la vida, al honor, a la dignidad, a la libertad, a la educación, entre otros.

Escuela del Derecho Racional o iusnaturalismo racional

Esta fue creada por Manuel Kant, quien agregó al Derecho natural que la razón no solo cumplía la función de hacer conocer el Derecho Natural sino que además constituía la base del derecho, la justificación de su existencia. Kant sostenía que el hombre es un ser autónomo porque es libre de decidir por sí mismo, se puede dictar sus propias leyes y regirse por ellas. El hombre es un ser esencialmente racional, he ahí la base de su pensamiento, el hombre es un fin en si mismo y no un medio para un fin, es un ser digno. Además uno de sus aportes más importantes fue sostener que el conocimiento tiene como contenido la experiencia, pero solo la razón le da forma a través de la reflexión. Distingue Derecho de Moral hablando de que ambos poseen distintas clases de enunciados o normas, las del Derecho son coactivas o heterónomas (es decir: prevén un castigo ante su incumplimiento y son impuestas por otros), en cambio las normas morales son autónomas, es decir su validez viene de la propia persona. A tales enunciados se les ha llamado imperativos hipotéticos y categóricos. Los hipotéticos son los del Derecho, ya que condicionan el comportamiento humano (son mandatos condicionales); en cambio los categóricos son propios de la Moral, no están condicionados, en este sentido basa a la moralidad en la voluntad y sostiene que hay moral siempre que el hombre cumpla sus deberes morales. Kant es uno de los representantes de esta escuela (porque para algunas cuestiones como la filosofía del derecho es iusnaturalista). Otros representantes fueron Fichte, Schelling y Hegel

Iusnaturalismo escolástico⁷

Fue iniciado por San Agustín y desarrollado y sistematizado por Santo Tomás, prolongándose en la escolástica española para llegar a nuestros días en el movimiento de la escolástica actual. La concepción de la ley para la escolástica es la siguiente:

- Ley Eterna o Divina: revelada por Dios a través de las Sagradas Escrituras, por la Revelación, que es en parte conocida por los hombres a través de la interpretación de la Iglesia

⁷ Dominio: <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/200309-42551018810342601.html>. Fecha de consulta: 18/3/08

- Ley Natural o Derecho natural : es descubierto por la razón y no puede bajo ningún concepto ser opuesto a lo que Dios ha revelado.

- Ley Humana o Positiva, que es la ley del hombre y dictada por los hombres, tiene como fin el bien común, tiene una base racional. No puede ser contraria a la ley eterna ni al derecho natural. Si se opone sería ley injusta y no obliga pues las leyes eternas o divinas y la ley natural han de obedecerse antes que la ley humana. El gobernante y el legislador están vinculados por el derecho Divino-ley eterna , y el Derecho natural-ley natural.

Crisis del iusnaturalismo

La doctrina iusnaturalista, que alcanza su apogeo en la Revolución Francesa entra en decadencia en el siglo XIX, criticada por diversos sectores. Uno de ellos es la Escuela Histórica de Savigny, que pone el fundamento del Derecho en la expresión espontánea del espíritu del pueblo y negaba la existencia de un Derecho Natural Superior. Y otra vertiente surge de I movimiento codificador , el que, estando inspirado en las ideas iusnaturalistas , buscó plasmar los principios del Derecho Natural en las normas positivas. Una vez, supuestamente logrado tal fin, estos principios quedaban cristalizados en las normas positivas de los Códigos. Y así surge , paradójicamente , el iuspositivismo, cuyo principal principio es la adhesión a las normas positivas.

Resurgimiento del iusnaturalismo en la contemporaneidad

Este resurgir del iusnaturalismo toma fuerza luego de la Segunda Guerra Mundial. La idea de Justicia, de los valores y de su vinculación con las normas y la ley recobra fuerza inusitada, sobretudo luego de los crímenes atroces cometidos por los regimenes totalitarios nazi, en Alemania, y fascista en Italia durante la guerra.

3.3. Iuspositivismo o Positivism jurídico

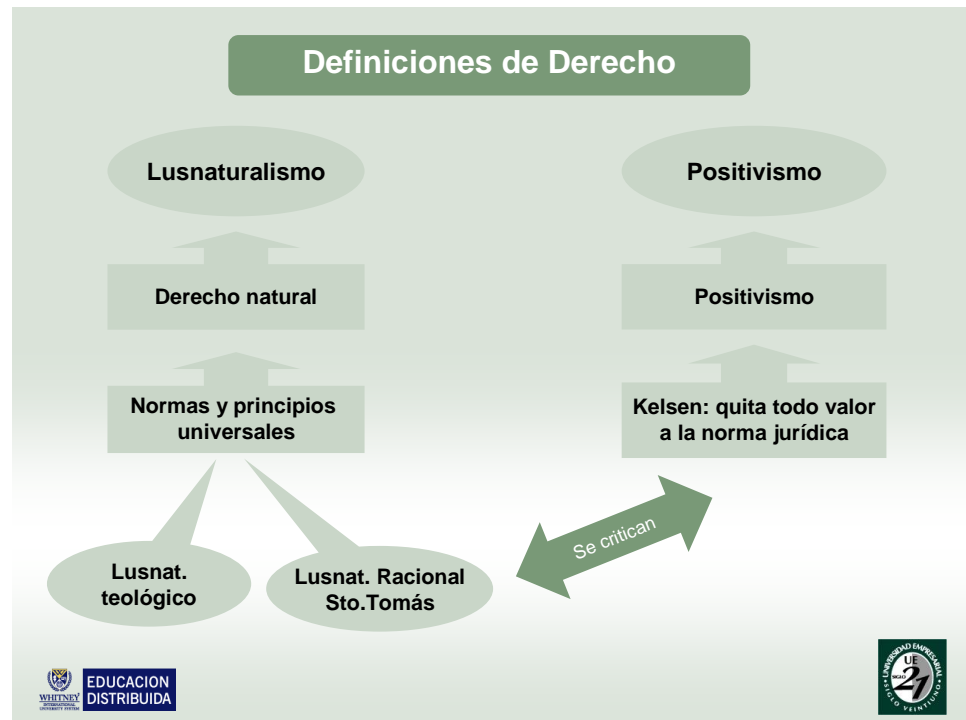
El positivismo jurídico tiene correlativa existencia con el pensamiento positivista en las ciencias, alcanzó su al finalizar el Siglo XIX. El positivismo en las ciencias niega la moral como vinculada al conocimiento y hace hincapié en la experiencia. Uno de los representantes fue León Duguit.

Su principal tesis es la separación entre moral y derecho; y a diferencia del Derecho Natural, esta corriente sostiene que derecho y moral son conceptos diferentes no identificables. Sostiene que las normas jurídicas no dependen de la moral para existir, aunque la moral puede influir en su eficacia, pero solamente eso. Además el Derecho puede ser justo o injusto, no siempre las normas jurídicas tienen en sí el valor justicia contemplado. Esto está vinculado a la delimitación científica del objeto de estudio de la ciencia del Derecho o Ciencia jurídica: la normas positivas. El positivismo, en general, representa una típica actitud mental de “aislamiento” de un sector respecto de la realidad, en este caso el Derecho, para estudiarlo al margen de otros aspectos de la misma realidad en que se encuentra inmerso. Si estudiamos el objeto “derecho”, solo nos remitiremos a las normas positivas. Las consideraciones morales, sociales, políticas, históricas relacionadas- obviamente- con las normas positivas deberán ser abordados por otras ciencias: la Ética o filosofía, la Sociología Jurídica, la Ciencia Política o la Historia del Derecho, en su caso. Es por esto que a los positivistas jurídicos los acusan de “ amorales” o reduccionistas” en tanto , aíslan el objeto de sus estudios sin considerar las otras dimensiones que tiene el

fenómeno jurídico. Sin embargo, estos no niegan la existencia de tales dimensiones, solo sostienen que no es científico que se mezcle todo y se “contamine” el objeto de estudio de la ciencia del Derecho.

Sus representantes más conocidos son John Austin y Hans Kelsen, con su famosa Teoría Pura del Derecho.

Por lo tanto y esquemáticamente el iusnaturalismo y el iuspositivismo se caracterizan por:



3.4. Los Valores . Concepto, características y clase.

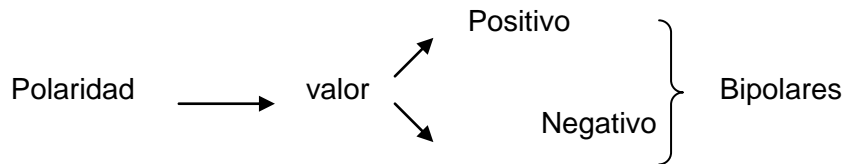
Este es el enfoque axiológico, es decir la ciencia que estudia los valores, a este enfoque se le denomina Axiología Jurídica, Deontología Jurídica⁸, etc.

Pero, ¿qué son los valores? Torrè los define acertadamente como “cualidades o esencias objetivas y a priori, que se encuentran en los objetos de la realidad cultural.

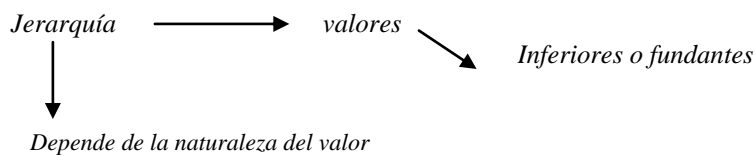
Características de los valores

- **Son bipolares:** pueden ser positivos (normas justas) o negativos (normas injustas), a los positivos se los denomina valores y a los negativos desvalores.

⁸ Torrè, Abelardo. Ob.Cit. Pág.262



- **Son dependientes o no independientes:** pero respecto de los objetos a los cuales se refieren; no es otra categoría de objetos sino que los califican. Son parasitarios
- **Son a priori:** porque anteceden a la existencia de los objetos a los que califican, el valor "belleza "existe sin ser necesario que existan los objetos calificados como bellos.



Determinar la altura de un valor atiende

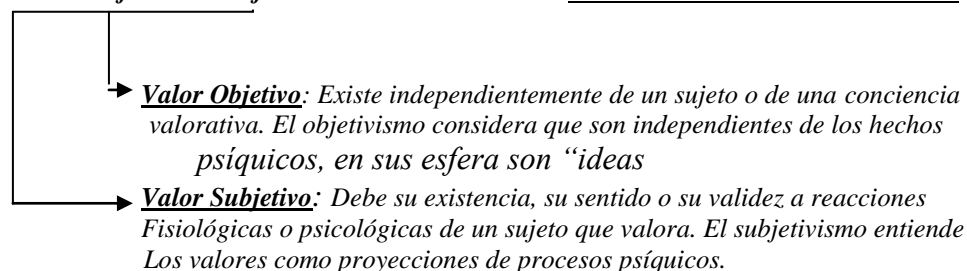
a) A las reacciones del sujeto:
Sus necesidades, intereses, aspiraciones
Condiciones: fisiológicas, psicológicas
socioculturales

b) Se debe tomar en consideración las
cualidades del objeto

- **Son objetivos:** valen porque valen, independientemente de lo que nosotros apreciemos o pensemos (de nuestra subjetividad).

La justicia es un valor independientemente de quien considere qué es justicia. En este aspecto es importante tener en cuenta que los valores se van adquiriendo a través del proceso de socialización. Es decir: primero con la familia, luego con la escuela, los grupos de amigos, el trabajo y así sucesivamente. Por ello, debido a que cada proceso de socialización es diferente es que no puede depender de la subjetividad cada valor sino que es necesario que sean objetivos. De lo contrario, para cada persona el valor justicia sería diferente y sería imposible lograr una convivencia en orden y armonía.

Los valores son objetivos o subjetivos? Cuestión primordial la subjetividad u objetividad de los mismos. Es decir su carácter absoluto o relativo



Jerarquía: según la sociedad en la que estén inscriptos los valores tienen un orden jerárquico; en algunas sociedades el valor dignidad está sobre el resto de los valores (incluso en el Pacto de San José de Costa Rica pareciera ser el valor predominante), en otras la “honestidad” y así en cada cultura. Entonces su jerarquía está condicionada por el contexto. Los valores jurídicos tienen un valor fundamental o fundante que es la justicia, de acuerdo a este se ordenan el resto de los valores. Es necesario hacer una distinción: los valores fundamentales o fundantes valen porque valen (valen por sí mismos de una manera objetiva), pero existe otro tipo de valores denominados instrumentales o fundados que valen en función de que cumplan con los fundamentales (por ejemplo: la cooperación). En un ejemplo práctico: la cooperación es un valor si las partes que intervienen en la causa cooperan entre sí (partes, jueces y demás intervinientes) para lograr la verdad real u objetiva, es decir una solución justa. Sin embargo también pueden cooperar los delincuentes entre ellos para lograr un delito, en este caso la cooperación no es un valor instrumental sino que es un disvalor porque no contribuye al logro de la justicia.

Los valores Jurídicos

Es necesario recordar (como se ha visto en el módulo anterior) que el Derecho es una ciencia social cultural y como objeto es cultural egológico. Por lo tanto la relación de los valores con el Derecho es fundamental

Como se dijo antes en el Derecho el valor fundamental es la justicia, pero existen además otros valores jurídicos llamados también “ideales jurídicos”⁹ -como el orden, la seguridad, la paz- que deben ser considerados por las normas jurídicas.

Características:

Estos valores toman las características de los valores en general, son bipolares, objetivos, dependientes, a priori y jerárquicos. Pero además tienen un valor propio: la bipolaridad, alteridad o intersubjetividad. La “alteridad” siempre implica una relación con otro (alter= otro), es decir que este valor siempre hace referencia a la conducta de otras personas. Es decir: se logrará justicia, el orden, la paz o la seguridad siempre y cuando se haga referencia a otras personas. Un ejemplo que cita Torr  es el ejemplo de una concepción de justicia (una porque existen varias), que la define como “dar a cada uno lo suyo”, es decir se tiene en cuenta al otro. Rawls¹⁰ precisa más este concepto y sostiene que es dar a cada uno lo suyo pero no con respecto a “cuánto” sino a “cómo”, es decir: procurando la igualdad de las minorías.

Los Valores Jurídicos Características

La de los valores en general.

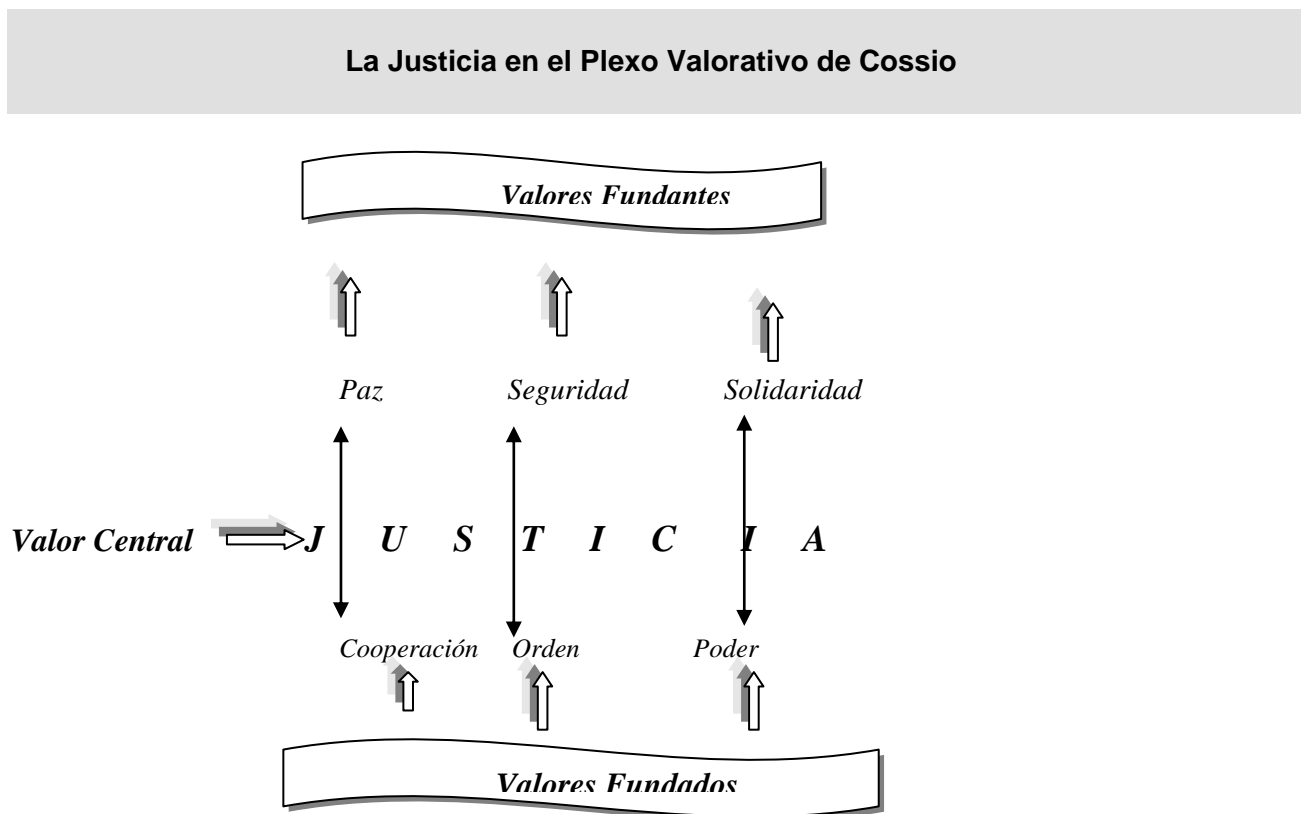
Como propia: **la alteridad**

⁹ Torr , Abelardo. Ob. Cit. Pág, 263

¹⁰ John Rawls (21 de febrero de 1921, Baltimore, Estados Unidos, - 24 de noviembre de 2002, Lexington, Massachusetts, Estados Unidos,) filósofo estadounidense, profesor de filosofía política en la Universidad de Harvard y autor de Una teoría de la justicia, (1971), Political Liberalism (1993), The Law of Peoples (1999), and Justice as Fairness: A Restatement (2001).

Clasificación de los valores jurídicos. Clasificación dada por Cossio

Cuando se alude al conjunto de normas o universo de normas de dice “plexo normativo”, igual sucede con el conjunto o universo de valores que constituyen el “plexo valorativo”. Se ha visto en el punto anterior que la justicia no es el único valor sino que existen otros además; los distintos autores han propuesto sus clasificaciones, sin embargo en esta materia se tendrá en cuenta la clasificación propuesta por Cossio¹¹ que los clasifica en siete a saber: orden, seguridad, paz, cooperación, poder, seguridad y justicia. En esta clasificación se refleja el carácter de jerarquía de los valores, tal como se puede observar en el siguiente cuadro:



Por lo tanto cada valor se ubica según sean más o menos valiosos, lo que no implica que no sean todos necesarios. Por ejemplo, y citando a Torr , no puede haber Seguridad sin Orden o Justicia sin Orden. Es necesario recordar lo explicado en el carácter de jerarquía de los valores.

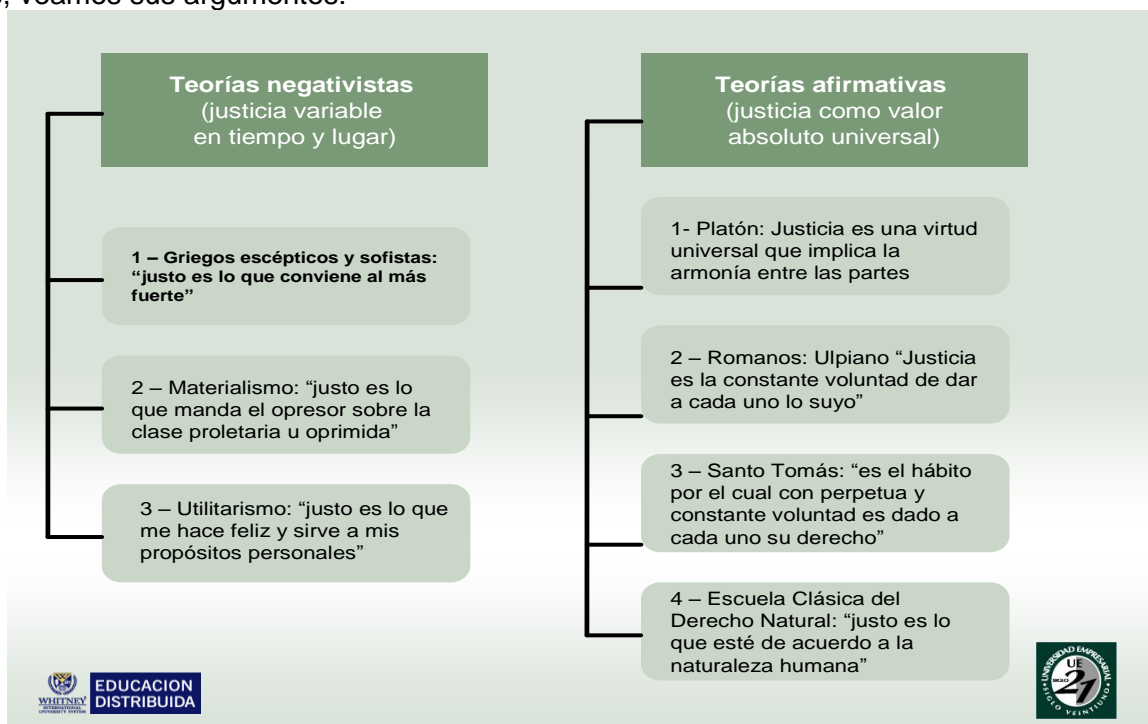
¹¹ Carlos Cossio (Tucumán, 3 de febrero de 1903 – Buenos Aires, 24 de agosto de 1987) Militante universitario reformista, abogado, filósofo del derecho, y profesor.

Respecto de la *libertad* (no contemplada en el cuadro anterior), se considera como un valor necesario en cualquier comunidad (sea el tipo de gobierno que tenga, es decir, autoritario o democrático), la libertad es un derecho esencial, un derecho humano basado en el mismo valor, y que es inherente a la calidad de persona. Siguiendo a Torr  (que enfoca este tema desde un punto de vista filosófico) se puede decir que libertad se usa en dos sentidos, el primero que es el ya expuesto (como carácter esencial de la naturaleza humana, o libre albedrío) y el segundo alude a la “libertad política” que solo es posible en los Estados democráticos.

3.5 La Justicia

El definir o encontrar un criterio para delimitar este valor, el más importante y fundado de los valores jurídicos, es un problema a resolver, es necesario tener una “vara” o “metro”¹² para poder saber en cualquier derecho positivo si es “justo” o “injusto”, y que trascienda cualquier época o lugar. Este problema es en verdad real dado que participa de las mismas características de la validez o vigencia de los derechos humanos; éstos trascienden el carácter de una comunidad determinada para adoptar un carácter universal.

Al respecto, y para dar solución al problema del “criterio ideal” se han elaborado varias teorías, veamos sus argumentos:



Y respecto de estas aparece una posición superadora que se puede sintetizar en el siguiente cuadro¹³:

¹² Torr , Abelardo. *Ob. Cit.* Pág. 268

¹³ Este cuadro se construye a partir de lo que propone Abelardo Torr  en su obra citada en la Págs. 268 a 278.

Criterios	Teorías Negativas	Teorías afirmativas
Enfoque	Niegan un criterio de validez absoluto y solo aceptan principios de justicia que varían con el tiempo	Sostienen que existe un criterio de validez universal
Representantes	Los sofistas, Motaigue, Pascal, Escuela Histórica del Derecho	Platón, Aristóteles, Santo Tomás, Escuela Clásica del Derecho Natural
Crítica	La negación de un criterio racional metaempírico (más allá de la experiencia) ya es un método superado en la Filosofía del Derecho	No consideraron a la naturaleza humana como un principio ideal, sino como algo empírico y eso depende de los aspectos psicológicos de los hombres que varían, no se mantienen
Posición superadora: Crítica	Rodolfo Stammler: toma la posición de Kant quien sostuvo que el conocimiento se compone de una parte racional y otra empírica (como ya se estudió). No propone un criterio exacto porque sería imposible llevar a la práctica un criterio así en culturas y sistemas relativos. Formula criterios que denomina Principios para un Derecho Justo, los que siempre sostienen que se debe ver al prójimo (esto es coincidente con la idea de alteridad de los valores jurídicos)	
<i>Principios para un derecho justo</i>	1) Respeto: se niega la arbitrariedad en las disposiciones que afecten a la voluntad de otras personas 2) Solidaridad: niega la exclusión arbitraria	

Concluye entonces Stammler con que la justicia es una idea de armonía absoluta que funciona como horizonte para ordenar una comunidad, Torr ¹⁴ de manera ilustrativa dice " ...*por eso Stammler reproduce la imagen aristotélica que compara la justicia con la estrella polar que miran los navegantes, no para llegar a ella, pues es inalcanzable por medios humanos, pero s  como medio de orientación para navegar. Y un derecho será justo "cuando sus normas se hallen especialmente orientadas en el sentido de comunidad pura"* ".

Entonces, la justicia tiene base en la igualdad, cuando se habla de la comunidad se refiere a eso, pero el tema es más complejo porque, siguiendo a Torr , si sostengo que A es igual a B, primero se debe valor A y B de manera separada. En consecuencia, aparece otro problema y que es el del criterio de proporción que se debe tener en cuenta para valorar, es decir, cuánto aportan los demás valores para llegar a la igualdad base de la teoría de la justicia.

Teoría egológica

¹⁴ Torr , Abelardo. *Ob.Cit.* Pág. 276

Esta teoría, que compone una de las cuatro ramas de la Filosofía del Derecho , ya se estudió esquemáticamente en los puntos anteriores. Cuando se mencionó a Cossio se remitió al módulo anterior y luego se explicó brevemente la clasificación de los valores que realiza este autor.

La Teoría Ecológica busca una explicación para la Teoría de la Justicia, de hecho, cuando anteriormente se mencionó a Cossio y en el esquema se pudo ver que la Justicia es fundamental para el resto de los valores. Esta teoría distingue los valores jurídicos de los morales agregando el carácter de bilateralidad o alteridad, habla de plexo valorativo y la justicia se encuentra como valor central como ya se vio.

Torré¹⁵ cita al autor citando su definición de verdadera justicia como **“la creación de igualaciones de libertad como puntos de partida sucesivamente renovados”**. Sostiene que la verdadera justicia:

- Como existencia es la libertad, considerando, como se sostuvo anteriormente que la libertad es la base de los valores y los derechos humanos, es inherente a la calidad de persona. Entonces es necesaria su existencia para hablar de justicia
- Como esencia es creación: esto la diferencia del ser, la libertad es creadora
- Como verdad estimativa es razón,: pero en el sentido de igualdad en este caso, que se refiere a las cosas o a los resultados. Es la materialización de la libertad como base de la justicia. Si se toman los dos conceptos independientemente se llega al camino equivocado explica Torrre, porque si es igualdad en los resultados solamente no se toman en cuenta las diferencias entre los hombres, por eso la justicia defiende la personalidad; por ello se habla de “igualación en cada punto de partida”, se da el mismo punto de partida a cada hombre dentro de su realidad y lo demás viene por la creación que facilita la libertad. Por eso, y para no caer en la desigualdad, sostiene que “la verdadera justicia consiste en dar más a los que están más abajo, para igualar el punto de partida en el presente vital”.

Equidad

Este es un criterio de actualidad para la teoría de los valores, sobre todo porque es un criterio tomado por el legislador para dar solución a diversas situaciones que si no la tuvieran en cuenta sería notoriamente injustas. Por ejemplo en el Código Civil se encuentra el artículo 907 que establece: “ Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido. *Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima*”. Eso implica que en el caso de haber sufrido alguien un daño injustamente causado (por ejemplo un daño físico) sin tener el autor culpa en ese daño (por ejemplo si estaba sufriendo un infarto mientras manejaba y atropella a alguien de manera involuntaria), y ese autor del daño está en una posición económica superior a la víctima (si tiene más dinero) igualmente deberá indemnizarlo o reparar el daño. Este es un ejemplo práctico de la aplicación de la equidad en nuestro sistema.

¹⁵ Torrre, Abelardo. *Ob.Cit.* Pág. 280

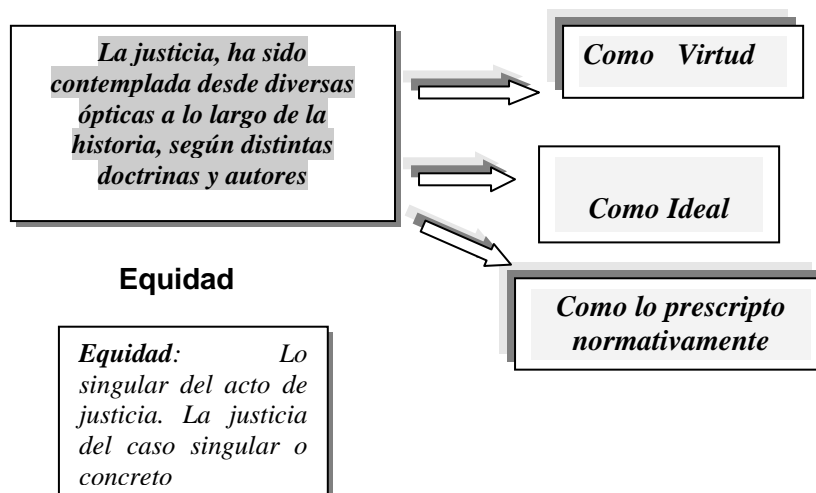
Por ello dice Torr  que es importante tenerlo en cuenta a la hora de *“juzgar”*. Porque se puede juzgar: 1) *conforme a derecho* (es decir ateniéndose a las normas de un sistema) o 2) *por equidad*: o a *“ciencia y conciencia”*, es decir, que el juez resuelve de acuerdo a su criterio de justicia siempre y cuando éste haya sido reconocido en la comunidad. De esa manera se evitan las decisiones arbitrarias. Si se vuelve al ejemplo dado se verá mas claramente este aspecto: si se juzgara solo conforme a derecho en realidad el autor del daño no tiene motivo para indemnizar a la víctima, dado que en realidad en ese momento no podía saber lo que estaba haciendo. Pero es aceptado por la comunidad que se analiza también el punto de vista de la víctima injustamente dañada (aunque el autor no haya querido provocar el daño); por eso este criterio lo resuelve mirando la situación económica de ambas partes.

La equidad resulta ser así ¹⁶*“la justicia del caso particular, inspiradora de una decisión que la comunidad acepta, como norma general válida para solucionar casos semejantes al resuelto”*. Entonces es parte de la justicia, un componente de la misma.

Cumple las siguientes funciones o tareas: a) por una parte integra la ley , es decir, se debe tomar en cuenta cuando la norma no la prevé, o b) morigeradora o humanitaria cuando la norma la prevé (será el caso del ejemplo citado).

Además aclara Torr  que en los casos en los que la norma no autoriza al juzgador a usarla como criterio, algunos jueces la han utilizado igualmente y sus fallos fueron confirmados por los tribunales de alzada (o superiores)

En nuestro sistema la equidad no puede utilizarse como morigeradora, por ejemplo en los delitos previstos por la ley para atenuar las penas aplicables (el caso del ladrón ocasional que roba para darle de comer a su familia porque no encuentra trabajo ni sostén y se est n muriendo de hambre)



Arbitrariedad:

¹⁶ Torr , Abelardo. Ob. Cit. Pág. 282

Se trata de una conducta del gobernante frente a los gobernados que implica una manera de imponerles su voluntad. Según Torr  sigue siendo una conducta en “interferencia intersubjetiva” y no necesariamente una decisión arbitraria es injusta. Muchas decisiones políticas se toman de manera arbitraria y no por ello resultan injustas, por ejemplo a veces se publican noticias en las que el Estado ante un paro realizado por empleados estatales de un sector determinado les impone (de manera arbitraria) la conciliación obligatoria, esta es una decisión arbitraria pero justa porque en algunos casos por estos paros se ve perjudicada la comunidad. Torr ¹⁷ citando a Legaz y Lacambra dice que “la arbitrariedad es justa cuando la negación de un derecho en un caso dado tiene el sentido de establecer una solución más justa para el mismo...”

¹⁷ Torr , Abelardo. *Ob. Cit.* Pág 286.