**RESUMEN DE TEORIA DEL DERECHO. SEGUNDO PARCIAL.**

* Capítulo 5: El sistema jurídico.

**Las aporías del sistema jurídico positivista.**

Las normas no son claras, sino que tienen vaguedades. Son imprecisas, ambiguas, contradictorias y redundantes. El sistema no es completo ni autosuficiente, sino que posee lagunas, la cual nos obliga a buscar soluciones. Lo cual torna al sistema abierto.

Vaguedad: según NINO la proposición expresada por una oración puede ser vaga a causa de la imprecisión del significado de las palabras que forman parte de la oración. Las vaguedades pueden ser de diverso orden. El más común es del de las palabras que hacen referencia a una propiedad que se da en la realidad en grados diferentes, sin que el significado del termino inculta un limite cuantitativo para la aplicación de él. Un ejemplo es el artículo 81 del código penal que atenúa la pena de muerte a todo el que matara a otro encontrándose en estado de emoción violenta. Según NINO otra especie de vaguedad está compuesta por palabras respecto de las cuales no solo no hay propiedades que sean aisladamente indispensables para su aplicación, sino que hasta es imposible dar una lista acabada y conclusa de propiedades sufrientes para el uso del término, puesto que siempre queda abierta la posibilidad de aparición de nuevas características, no consideradas en la designación, que autoricen el empleo de la palabra. El ejemplo es el adjetivo “arbitraria” que la Corte Suprema emplea para censurar algunas sentencias judiciales, ya que además de las situaciones centrales en que aquel calificativo es usado por la Corte, queda abierta la puerta para la aparición de nuevas circunstancias de momento imprevisibles, pero ante las cuales podría resultar apropiado calificar de arbitraria a una sentencia. Hay otra modalidad de imprecisión semántica que NINO denomina “vaguedad potencial” o “textura abierta” la cual constituye un vicio potencial que afecta a todas las palabras de los lenguajes naturales. Un ejemplo es que el código penal en el articulo 215 reprime con prisión perpetua al que comete el delito de inducir o decidir a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República. Ante ello inquiere: “qué pasaría si en el país ocurriere algo similar a lo de la Alemania Nazi y muchos argentinos no vieran otro remedio que unirse a una potencia extranjera para derrocar a un gobierno que hubiera asesinado a gran parte de la población?”.

Ambigüedad: Según NINO son dudas acerca de las consecuencias lógicas que pueden inferirse de ciertos textos jurídicos, quedando sin determinar la calificación normativa que ellos estipulan para determinados casos. Sobre tales bases una oración puede expresar más de una proposición y ello acaece desde una doble perspectiva: puede ocurrir así porque alguna de las palabras que integran la oración tiene mas de un significado, en cuyo caso se está ante un supuesto de equivocidad semántica, o porque la oración tiene una equivocidad sintáctica, caso del cual la ambigüedad es de ultimo tipo. El ejemplo del primer grupo esta en el articulo 2 de la CN en la cual dice que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano. Para el autor, la expresión sostiene utilizada en la redacción de esta norma, adolece de ambigüedad ya que una interpretación le asigna el significado de “profesa” otorgando a la norma el sentido de que el gobierno federal considera verdadera la religión católica. En cambio, otra interpretación, atribuya a la palabra “sostiene” el significado de “mantiene”, apoya, etc. Concluyendo que la norma sólo establece que el gobierno debe atender económicamente al culto católico. Por último, el ejemplo del segundo grupo (ambigüedad sintáctica) lo constituye el articulo 3 del Código Penal que reprime a quien causare un incendio, explosión o inundación cuando hubiera peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o pirotecnia militar. Al respecto, señala NINO que se planto la duda acerca de si el adjetivo militar calificaba solo a las fabricas de pirotecnia o también a las de pólvora.

Contradictoriedad o inconsistencia: Aquí los inconvenientes aparecen una vez que tales consecuencias han sido deducidas. Las contradicciones normativas son cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles. Lo expuesto requiere que, en primer lugar, dos o mas normas se refieran al mismo caso, es decir, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad. Y, en segundo término, que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles. En supuestos como este, se acude a reglas como la de lex superior, que quiere decir que, entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía, debe prevalecer la de nivel superior; la de lex posterior que significa que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad, o la de lex specialis, que dispone que se de preferencia a la norma especifica que esta en conflicto con una cuyo campo de referencia sea mas general. Sin embargo, en ciertos supuestos estas reglas no resultan aplicables, como, por ejemplo, cuando las normas tienen la misma jerarquía, o han sido dictadas simultáneamente, o tienen el mismo grado de generalidad.

Redundancia: Las normas jurídicas no son económicas sino redundantes. El sistema jurídico estipula un exceso de soluciones para los mismos casos, pero a diferencia del anterior problema, aquí las soluciones no solo son compatibles, sino que son reiterativas. Las condiciones de la redundancia es que ambas normas tengan el mismo campo de referencia, que se refieran a los mismos casos; segunda, que estipulen la misma solución, para ellos. NINO plantea que la redundancia normativa no tendría por que crear problemas por si sola para la aplicación del derecho, puesto que al seguirse una de las normas redundantes se satisfaría también lo prescripto por la otra. Sin embargo, la dificultad de la redundancia radica en que los juristas y los jueces se resisten a admitir que el legislador haya dictado normas superfluas y en consecuencia se esfuerzan por otorgar a las normas con soluciones equivalentes, ámbitos autónomos. Entre los ejemplos está el viejo artículo 44 que disponía que la presente ley deberá aplicarse de oficio en los juicios que no tuvieren sentencia firme a la fecha de entrar en vigencia. Y luego de referir otros detalles expresa: la presente ley no se aplicará a las causas que a la entrada en vigencia hubieren concluido con sentencia firme.

Lagunas: son supuestos en los que el sistema jurídico carece de toda solución normativa. Puede ser de dos tipos “normativa” o “lógica” y “axiológica” o “valorativa”. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, NINO define a las primeras cuando el sistema jurídico no correlaciona el caso con alguna calificación normativa de determinada conducta (o sea con una solución). Algunos autores impugnan esta posibilidad. El ejemplo es del de Kelsen, para quien el derecho no puede tener lagunas, todo lo que no esta prohibido esta permitido. Es decir, que cuando las normas del sistema no prohíben una cierta conducta, de cualquier modo, tal conducta recibe una calificación normativa (su permisión) en virtud del principio de clausura que permite toda acción no prohibida. Para los autores argentinos la presión “permitido” puede significar dos cosas. Una equivalente a “no prohibido” en cuyo caso la expresión “todo lo que no esta prohibido, esta permitido” debe leerse como “todo lo que no esta prohibido, no esta prohibido” de lo que se infiere que si en el sistema no hay una norma que prohíba tal conducta, no cabe concluir que exista otra norma que permita la acción. La otra equivale a una autorización positiva de una acción, en cuyo caso el apotegma debe leerse de modo siguiente “si en el sistema jurídico no hay una norma que prohíba cierta conducta, esta conducta esta permitida por otra norma que forma parte del sistema”. El segundo supuesto de laguna planteada por NINO es la “axiológica” y sucede cuando un caso está correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas. La diferencia está en que en las lagunas “valorativas” el derecho estipula una solución para el caso pero los juristas y jueces consideran que el legislador no hubiera establecido la solución que prescribió si hubiera reparado en la propiedad que no tomó en cuenta, de donde al ser la solución “irrazonable o injusta” no debe aplicarse el caso, constituyéndose una laguna.

**Superación de la propuesta sistemática del positivismo jurídico.**

Insoslayabilidad de la idea de SISTEMA: La pretensión de un sistema jurídico cerrado, completo y autosuficiente no pudo concretarse en la realidad. Es imposible prescindir de la idea de sistema. Se debe contar con una disposición racional de materias que permita una rápida ubicación de las cuestiones y una eficiente solución a ellas. KARL LARENZ distingue el sistema cerrado, que esta representado por la idea de la codificación, y el sistema abierto que se configura también en un derecho casuístico, porque este no sale a flote a la larga sin una conexión de derivación conceptual y valorativa que haga racionalmente comprobables las decisiones particulares y convierta su totalidad en sistema. Helmunt Coing dice que todo sistema sintetiza el grado de conocimiento alcanzado en el trabajo sobre problemas particulares de manera que, no solo facilita el panorama y el trabajo practico; es también origen de nuevos conocimientos sobre conexiones existentes que sólo el sistema pone en claro y, de este modo, es base de ulterior evolución del derecho. Una ciencia que solo trabajara con problemas particulares no estaría en situación de avanzar en el descubrimiento de mayores conexiones de problemas para nuevos principios; tal ciencia no reconocería en la comparación jurídica la afinidad de función de instintos y reglas positivas diferentemente acuñados. Por eso el trabajo en torno al sistema sigue siendo una tarea permanente: solo es preciso hacerse cargo de que ningún sistema puede dominar deductivamente la plétora de problemas; el sistema tiene que permanecer abierto. Es solo una síntesis provisional.

Sistema jurídico abierto y pensamiento problemático: la visión no positivista dice que la apertura del sistema jurídico se proyecta sobre la misma realizad de la vida de la que se nutre y que tiene directa vinculación con el pensamiento problemático. Dicha apertura gravita ad intra del sistema a través de una doble consideración: por un lado, los resquicios o intersticios que aquel proporciona en el nivel legislativo, y por otro, la clase o categoría de normas de que aquel se compone, y que LARENZ llama los materiales con que puede ser construido un tal sistema. LARENZ dice que el sistema científico jurídico tiene que permanecer abierto y por tanto nunca está acabado, en la medida en que nunca puede disponer de una respuesta para todas las preguntas. Entonces la problemática que entraña el no tener la llave de todas las respuestas exige su misma apertura. Ningún sistema puede considerarse completo. Se halla siempre dispuesto a incorporar nuevas normas; a reformular determinadas soluciones o a dejar de lado disposiciones otrora indiscutidas. Un sistema está atento a los problemas que plantea la praxis, de modo que si la atención en el sistema jurídico concebido por el derecho moderno se posa, en primer lugar, en las disposiciones ya consensuadas y ulteriormente positivizadas y solo en segundo término en la peculiaridad del caso, en un sistema abierto, las cosas proceden del modo exactamente inverso: la mirada se fija, en el caso por resolver, en el problema y después se acude al sistema a fin de muñirse de las respuestas técnicas que permitan desentrañar, con justicia, el supuesto bajo estudio. La solución bajo análisis surge de la proporcionada adecuación de normas y hechos en pos de obtener una respuesta no solo legal, sino, además, justa.

Sistema jurídico abierto; la reacción legislativa y su influencia en la jurisprudencia: El ex artículo 16 del CCYCN dice que la apertura resulta inequívoca en la medida en que se reconoce que, si una cuestión no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, ni por las leyes análogas, se acudirá a los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Considerar las circunstancias del caso testimonia que son múltiples, variadas y variables. La CN no ostenta de un carácter completo, y por tanto cerrado, sino abierto y por completar. El carácter abierto del sistema jurídico tiene cuatro razones: primero, la afirmación de que el catalogo de los derechos naturales es inmenso revela que la naturaleza humana esta en permanente desarrollo y construcción, y en consecuencia, en constante conocimiento y reconocimiento. Ejemplo: antes solo se podía conocer la maternidad y no la paternidad y ahora se puede conocer ambos.; segundo, porque reconocer las omisiones en que hubiera incurrido el legislador revela que no se está ante un legislador ultraracional que ha previsto todos los casos de la vida.; en tercer lugar, porque el obrar humano puede generar la necesidad de tematizar y proteger ciertos derechos, lo cual, de no haber sucedido cierta conducta, resultaría innecesario. Ej.: de no haberse comportado el ser humano de manera irresponsable sobre la naturaleza, no hubiera sido necesario positivizar el derecho natural a un ambiente sano.; en cuarto lugar, porque la premonición del constituyente se cumplió de manera acabada, toda vez que la jurisprudencia de los tribunales hizo un extendido uso de la norma en cuestión no solo a la hora de reconocer el carácter natural de los derechos no enumerados o implícitos, sino en el momento de observar que tal regla suponía el reconocimiento inequívoco de que el sistema jurídico ostenta una inequívoca raíz abierta. Los artículos 1 y 2 del nuevo CCyCN amplían todo esto.

El sistema jurídico abierto: reglas y principios: para el positivismo jurídico un sistema cerrado se reduce a las leyes y esta entronca con los ideales de índole técnica de seguridad y previsibilidad jurídicas y de naturaleza policía de la división de poderes. Si una norma prevé un supuesto de hecho determinado dicha disposición resultará aplicable únicamente si confluyen todos y cada uno de los elementos previstos por la norma. Pero la realidad demostró, que el sistema no podía retener todos los supuestos de la vida, por lo que fueron observados silencios, lagunas, oscuridades, vaguedades, ambigüedades y redundancias e insuficiencias. De ahí a que en el ámbito doctrinario y jurisprudencial se haya buscado apoyo en criterios, pautas, tópicos o principios que además de carecer de la estructura normativa de las leyes, y por tanto, de observar una aplicación por completo diversa de la de ellas suelen no poseer origen legislativo y hallanse de ordinario preñados de una dimensión valorativa que fácilmente pone en tela de juicio las exigencias de no contradicción y de completitud de los axiomas puestos como base del sistema jurídico cerrado positivista, y ya que, tales exigencias no son posibles de cumplir en relación con los principios de valoración que están detrás de las normas. El sistema es abierto porque se recuesta sobre los problemas que le presenta la realidad de la vida y porque es de esta de la que abrevan algunos de los materiales que habrán de componer su estructura. Un sistema jurídico se integra por normas que, en la clave de la filosófica positivista, se conocen como leyes y que a partir de ahora también se denominan reglas. Sin embargo, si la clave es una filosofía iusnaturalista o post positivista, un sistema jurídico tiene una base de sustentación más amplia ya que no se ciñe, exclusivamente, a la legislación. De ahí a que las normas serán, además de las leyes o reglas, los referidos criterios, pautas o tópicos que en lo que sigue se llamarán “principios”. Principio alude a ciertos estándares, o criterios generales u orientativos de conducta discernidos en los casos concretos y desde ahí, elevados a soluciones generales y generalizables. Esta distinción es fundamental para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. En los casos de conflictos entre reglas hay que decidir la precedencia de una u otra y esa decisión conllevara la anulación de la regla preterida, ya sea introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando invalida, una de las reglas, por el contrario, cuando un principio colisiona con otro el juez no puede, en cierto sentido, dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá, luego de una ponderación, la precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido. El origen de la fuerza deóntica de los principios y de las reglas no es el mismo, ya que mientras las reglas, deben toda su fuerza deóntica al legislador o al juez que las creó, los principios prescriben desde si mismos. Para GUSTAVO ZAGREBELSKI los principios remiten a un mundo de valores o a las grandes opciones de cultura jurídica de las que forma parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión. A los principios se les presta adhesión. Para ALEXY los principios son razones que suelen naturalmente en tanto pueden ser derivados de una tradición de normaciones detalladas y de decisiones judiciales que son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo debe ser el derecho. Se trata de razones que inhieren en una practica inveterada del foro y/o en un conjunto de convicciones sociales, y que, en ultima instancia, remiten a ciertas tradiciones históricas o a un horizonte de significado. OPINION DE RABBI BALDI: la llegada de los principios impacta sobre la idea de sistema desde una doble y benéfica perspectiva y que podría caracterizarse como ad extra del sistema mismo y ad intra de este.

**La configuración del sistema jurídico.**

Concepto de positivación y de formalización: HERVADA dice que positivación alude al paso de la vigencia histórica de una norma tanto natural cuanto positiva del derecho. Los modos de positivación son varios y se enlazan con el sistema de fuentes del derecho; la ley, la costumbre, la conciencia jurídica de la comunidad, la jurisprudencia, los actos administrativos, la doctrina jurídica, etc. HERVADA escribe que los sistemas jurídicos constituyen una realidad que condiciona y modaliza a través de sus mecanismos técnicos, la vigencia y la aplicación del derecho, de modo que, en rigor, un sistema jurídico ya formado es un sistema formalizado. Por formalización se alude a la tecnificación de los distintos factores y elementos que integran el derecho, es decir, a dotarlos de una forma y eficacia precisa que torna posible su pacífica y satisfactoria aplicación de suerte de garantizar con seguridad y certeza la función y el valor de cada uno de aquellos.

Unidad de la positivación-formalización de los elementos del sistema jurídico abierto: hay un triple orden de razones: En primer lugar, en el hecho de que las relaciones jurídicas básicas y fundamentales de las que las demás son derivación, complemento o forma histórica, son naturales. En efecto: el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas que están en la base de una vida social plausible tiene su raíz ultima en la admisión de la existencia de los bienes básicos de aquellas. En segundo lugar, la potestad de dar normas positivas es de origen natural, pues del derecho natural derivan el poder social y la capacidad de compromiso y de pacto. Es también obvio: la referida condición de persona no supone otra cosa que el empleo de la libertad y de la responsabilidad, ambas condiciones necesarias para asumir acuerdos y respetarlos, sin todo lo cual no resultaría posible asegurar la paz social. En tercer lugar, la ley positiva se genera a partir de la ley natural por determinaciones en el orden de los medios convenientes y útiles para los fines naturales del hombre. Se trata, en fin, e una conclusión necesaria ya que, admitida la condición de persona de todo hombre y el ejercicio por parte de este de sus atributos fundamentales, se suscitan relaciones que originan derechos y se producen leyes que revisten una dimensión positiva o institucional. Por ello, el derecho natural y el derecho positivo forman un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo. Así, en cuanto concierne al derecho positivo, la positivicacion-formalizacion se impone sin mas a fin de resultar inequívocamente conocida por la sociedad: es el caso, por ejemplo, de las leyes en general, mediante las cuales se otorgan derechos y deberes precisos a los ciudadanos, o el supuesto de los acuerdos entre partes, como el contrato de compraventa. En el supuesto del derecho natural, el análisis requiere ser mas detenido a fin de no escamotear la singular riqueza del mismo.

* Capítulo 6: la interpretación jurídica.

**La teoría de la interpretación en el positivismo jurídico:**

Introducción: el positivismo jurídico es la corriente que ocupa un lugar dominante durante todo el siglo XIX y hasta la mitad del pasado. Las notas mas relevantes del positivismo jurídico son la prohibición que pesa sobre el juez de crear derecho y de negarse a fallar, tesis ambas que, como plantea RADBRUCH sólo pueden conciliarse entre si en la medida en que se supongan una tercera, a saber, que la ley carece de lagunas, no encierra contradicciones, es clara, el orden jurídico forma una unidad completa y cerrada. Es una teoría orientada al sistema (y no al problema) y formalista (y no finalista). Según VIGO, la lógica fundamental sobre la que reposa el positivismo jurídico entraña admitir una razón o capacidad todopoderosa y omnicomprensiva del legislador o creador del derecho, dispuesta a prever anticipadamente la totalidad de los casos que podrían llevarse ante los tribunales, de donde bastaba que el juez supiera armar un silogismo deductivo para que el conflicto obtuviera mecánicamente la resolución establecida en la norma jurídica legal. El juez anda tiene que interpretar sino, debe ceñirse a aplicar sin más los claros términos de la ley al caso concreto.

Configuración histórica: surge en el siglo XIX, en Alemania, Escuela Histórica y en Francia en la escuela de la Exégesis. Para SAVIGNY la interpretación no es sino la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley. Para la propuesta francesa, el juez no es sino la boca a través de la cual se manifiestan las palabras de la ley. Surge así la tesis de que existe un órgano productor de las normas (el PL) y otro reproductor de ellas (la administración de Justicia). Para LAURENT los códigos no dejan nada al arbitrio del interprete pues este no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos.

La interpretación como aplicación (o el canon interpretativo positivista por antonomasia): la razón fundamental que avalo la pretensión iuspositivista fue la creencia indiscutida en la ultrarracionalidad del legislador, es decir, la asunción de que la imprevisión, el olvido o la inconsecuencia del legislador no se presumen. Las conclusiones a esto son: las normas dictadas por tal legislador ultrarracional son claras, precisas, consistentes y económicas y el sistema jurídico estructurado en torno de aquellas es necesariamente completo. La interpretación no solo no es necesaria sino, según DAGOSTINO, es una labor peligrosa e ilícita a la que se debe combatir. Esta proposición no es cosa del pasado, sino que goza de empleo por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema la cual dice: “la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una interpretación que equivalga a prescindir del texto legal. La exegensis de las normas legales debe practicarse sin violencia de su letra y de su espíritu, con el propósito de efectuar una interpretación que no resulte ajena a lo que la ley establece, desde que la primera fuente de hermenéutica de la ley es su letra. No cabe a la Corte apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por este, pues de hacerlo así olvidaría que la primera fuente del exegenesis de la ley es su letra y cuando esta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencias de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma. De otro modo, podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto”.

La interpretación admitida por el positivismo jurídico: al mismo tiempo que se hicieron perceptibles la vaguedad, ambigüedad, contrariectoridad y redundancia de las proposiciones normativas, así como la existencia de lagunas hacia el interior del sistema jurídico, se advirtió pronto la inevitabilidad de la interpretación. Entonces se ciñó a las siguientes características:

1. El interprete (fundamentalmente el juez) solo interpreta en los casos excepcionales y despreciables de silencio normativo u oscuridad o insuficiencia de la ley, y;
2. La interpretación así admitida únicamente es gnoseológica, esto es, no política, toda vez que solo esta llamada a conocer el sentido genuino del texto, es decir, el espíritu del legislador. El intérprete, apenas está autorizada a desentrañar el alcance denominado autentico de la norma, por lo que su exegenesis se produce hacia dentro del texto mismo.

En el siglo XIX se consolida el ideario positivista, a través de los trabajos del fundador de la Escuela Histórica quien postula por intermedio de ciertos cánones exegéticos alcanzar el sentido autentico del texto normativo y facilitar la tarea tanto del juez como de la doctrina y del legislador. Los cánones exegéticos según SAVIGNY son cuatro elementos de interpretación: el elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes. El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes. El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer. Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo intimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. Pensamiento de SAVIGNY: “este proceso de interpretación no es privativo de las leyes que se presentan como obscuras, sino que, por el contrario, el mismo se halla presente y opera frente a cualquier texto legal. Esta perspectiva es tributaria, indudablemente, de las concepciones hermenéuticas que se debatían en su tiempo. Estos cuatro elementos, para SAVIGNY, no son diversos tipos de interpretación entre los cuales sea posible escoger, sino cuatro operaciones indispensables que necesariamente han de ser cumplidas para lograr una interpretación valida de la ley.

Empleo de las directrices interpretativas de cuño positivista por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema:

1. La interpretación de la voluntad del legislador.

Una constante jurisprudencia tiene dicho que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, ya que, en definitiva, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por aquel en el ejercicio de sus propias facultades. No pueden descartarse los antecedentes parlamentarios que resultan útiles para conocer su sentido y alcance (de la ley).

1. La interpretación histórica:

Según se ha anticipado, esta procura atribuir a una norma el sentido que históricamente le ha deferido la doctrina o el legislador, de manera que mediante la apelación a tales antecedentes sea posible obtener su significación autentica. Como es obvio, esta pauta argumentativa parte del supuesto que no debería modificarse el tratamiento histórico otorgado a una determinada disposición, motivo por el cual algún sector de la doctrina la ha calificado como una directriz de tinte conservadora, opuesta a las denominadas interpretaciones dinámica (propia de las tradiciones de la Razón Practica y de la Hermenéutica filosófica) y evolutiva (próxima al pensamiento conocido como de los estudios legales críticos).

1. La interpretación sistemática.

Se la puede interpretar desde dos formas. Desde el plano formal, bajo el que se pretende que el sistema jurídico carece de contradicciones o de inconsistencias lo cual se denomina “consistencia”. Y por otra, desde el plano material, bajo el que se procura atribuir el significado mas coherente a una norma en su relación con las demás, de modo de mostrar que entre todas existe una armonía o una unidad de sentido. Se atribuye el significado de un texto en función de su contexto sistemático, esto es, a la luz del sentido inherente a las restantes disposiciones que integran el sistema jurídico, noción está a la que el autor denomina “coherencia”. Según MANASSERO mientras la consistencia exige que la premisa normativa no se encuentre en contradicción con el resto de las reglas validas del sistema, la coherencia implica que la premisa pueda representar un caso de un principio general que abarca a un conjunto de normas, principio que responda a una concepción de vida satisfactoria. La tesis que late detrás de este argumento es la de la racionalidad del legislador. De ahí que si se advirtiera la existencia de alguna inconsistencia o incoherencia ellas pueden ser suplidas mediante el solo recurso al sistema, esto es, a su lógica interna, ya que su intrínseca racionalidad le permitirá superar los escollos que nunca fueron reales, que solo revistieron el carácter de meramente aparentes. Sin embargo, mientras el camino para salvaguardar las inconsistencias ostenta una virtualidad, si se quiere, negativa o auxiliar del sistema, el iter necesario para dotar a aquel de coherencia ostenta una significación positiva. La Dogmática tradicional ha caracterizado a esta pauta desde una triple perspectiva. A saber: directriz topográfica, también conocida como argumento de la sede materiae, según la cual el alcance de una norma puede obtenerse a partir de la identificación del lugar en el que esta se halla ubicada.; directriz de la constancia terminológica, por la que se postula que el interprete debe atribuir a un termino el significado que este ha recibido tradicionalmente tanto por parte de la sociedad, como del legislador y de la doctrina.; y directriz sistemática en sentido estricto de acuerdo con el cual el ordenamiento jurídico debe ser interpretado como un todo armónico, en razón de hallarse integrado por un conjunto de elementos que componen una unidad de significado. La jurisprudencia también ha sido prodiga en cuanto al empleo de estas pautas interpretativas. El argumento de la constancia terminológica se advierte en muchos fallos, como por ejemplo cuando se expresa que “las palabras deben emplearse por su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria”.

**La perspectiva iusnaturalista de la razón práctica sobre la interpretación**

Introducción: Hasta mediados del siglo XX, el clásico tópico de derecho injusto era sólo un caso concebido teóricamente, nunca había existido un caso real; esto cambió con la doctrina nacionalsocialista y sus leyes injustas, lo cual obligó a replantear el ius-positivismo entendido como tal.

Notas características de la teoría de la razón práctica sobre la interpretación:

1. La valoración de la realidad de las cosas:

La realidad no es lo único con lo que se cuenta en ese proceso, por cuanto el ser humano ha ido, por generaciones y en el contexto de la cultura en la que se encuentra, dotándose de un sistema que facilita ficha búsqueda. Pero de momento, según el texto romano, procuran llamar la atención acerca de que no es posible prescindir de esa realidad.

1. De la aporía de la aplicación a la interpretación como “puesta en correspondencia” de norma y caso:

Este segundo aspecto es el de la imposibilidad de llevar a cabo el planteamiento lógico-deductivo prohijado por la “Dogmática”, lo cual es debido no solo a la inmensa variabilidad y creciente complejidad de los hechos, sino a que entre normas y realidad media un abismo conceptual que lo torna difícil, cuando no imposible, fenómeno que ha sido bien denominado bajo el nombre de la “aporía de la aplicación”. Según este juicio, existe entre las normas y la situación vital una heterogeneidad categorial que es problemática, ya que “en tanto lo universal puede ser descrito por un número finito de notas características, lo particular se resiste a dicho tratamiento, tal como ocurre en el Derecho: si bien las normas jurídicas intentan captar y regular, bajo determinadas notas, el complejo ámbito de las acciones humanas en sociedad, dicho ámbito se muestra remiso a semejante categorización”. De ahí que exista, una brecha entre la norma jurídica (general y abstracta) y el caso (particular y concreto) al que aquella debe aplicarse, por lo que, desde esta perspectiva, resulta fácilmente inviable la referida ambición aplicativa de la norma al caso vital. Para la concepción positivista, el criterio general se funda en la mera aplicación, en tanto que la interpretación se reduce a casos excepcionales y, en definitiva, despreciables. En cambio, el derecho emerge como una “correspondencia entre el “debe ser” de las normas y el “ser” de la situación vital”, de modo que “solo donde la norma y la situación concreta de la vida, “deber ser” y “ser”, uno y otro sean puestos en correspondencia, se origina el derecho real”. El derecho es una correspondencia; así la totalidad del derecho no es un complejo de artículos, ni una unidad de normas, sino una unidad relacional. “Unidad relacional, correspondencia, significan, sin embargo, *analogía*”. Cada “subsunción” entre norma y caso (o sea, cada “correspondencia”) presenta la estructura de una analogía, es decir, de una igualdad de proporciones. Esta igualación de naturaleza analógica se produce por medio de la interpretación. Este proceso aquí descrito no se reserva únicamente para los “casos difíciles”, sino también para los “casos simples”, o, mejor dicho, para todo caso, sin más.

1. La apertura del sistema jurídico y el ingreso de los principios:

El sistema jurídico se considera abierto y este acepta principios o valores debido a que éstos exigen la elaboración de criterios muy diversos a los empleados por el positivismo jurídico respecto de las leyes o reglas jurídicas. En relación con los principios, éstos asumen la modalidad de “razones para el obrar” por parte de la sociedad, de donde “no puede existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación”. La “ponderación” forma parte de un principio más amplio: “el principio de proporcionalidad”, el que “se conforma por tres sub-principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto”. Estos principios expresan la idea de optimización. Los principios, como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.

1. La centralidad del intérprete en la determinación del derecho:

El pensamiento iusnaturalista con base en la razón práctica deriva en que: situar al interprete en el centro de la escena. Es el intermediario entre las normas y la concreta realizad de las cosas, las que casi nunca son como abstractamente fueron pensadas por el legislador a fin de que resulten captadas por las primeras. Y esa intermediación exige de razones acerca del genuino sentido de la norma en la peculiaridad del problema, es decir, reclama argumentos en pro o en contra de una determinada significación de los hechos y de las disposiciones: no vale cualquier respuesta y no toda solución “da igual” sino que las hay mejores y peores y ello no es indiferente a quien deba asumirlas y a sus destinatarios.

Empleo de las directrices interpretativas iusnaturalistas por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema:

1. Introducción

Según la configuración de estas directrices el acento es siempre compartido: no se ubica exclusivamente ni del lado de la norma (desde la perspectiva del sistema) ni, tampoco, del de las circunstancias fácticas comprometidas (desde el ámbito del problema), sino que supone ambas consideraciones a fin de dar mejor cuenta de la cuestión sometida al intérprete. Sin embargo, los énfasis de determinadas directrices respecto de otras suscitan distinciones inevitables, algunas siendo caracterizadas como “extra-normativas” y otras como “intra-normativas”. Por último, algunos cánones parecen reunir ambas caracterizaciones cuanto menos por un doble orden de razones: por una parte, si bien tienen su origen en una dimensión extraña al sistema, finalmente este concluye receptándolo (las directrices aquí denominadas del “derecho natural” y de los “principios”) y, por otra, porque sus elementos reciben inspiración tanto en la realidad de la vida como en la del sistema jurídico de que se trate (el caso de la directriz llamada de la “totalidad”).

1. Pautas de interpretación intra-normativas

Directriz de la “Epikeia” griega: La gran síntesis de esta directriz se debe a Aristóteles, para quien “la ley es siempre un enunciado general”, por lo que “solo toma en consideración los casos que suceden con más frecuencia, sin ignorar, empero, los posibles errores que ello pueda entrañar”. Ahora bien, estos errores se consideran debidos a “la naturaleza de las cosas, ya que, por su misma esencia, la materia de las cosas de orden práctico reviste un carácter de irregularidad”. En este contexto, si se planteara un caso que no alcanza a ser captado por la generalidad de la norma, “se está legitimado para corregir dicha omisión a través de la interpretación de aquello que el legislador mismo hubiera dicho de haber estado presente en este momento, y de lo que hubiera puesto en la ley de haber conocido el caso en cuestión”. Es esta función la que autoriza a calificarla como una justicia “superior”, ya que por su orientación a dirimir dichas situaciones “irregulares” (genéricamente hablando: los “casos difíciles”), la Epikeia traspasa la ley y se transforma en aún “más justa” que ésta, pues la completa en aquellas situaciones excepcionales en que el “carácter absoluto de la norma” es incapaz de contemplar. El recurso de la Epikeia es constante tanto en los tribunales inferiores como en la Corte Suprema, ejemplo es el caso “Vera Barros”.

Directriz de control de constitucionalidad de las leyes: La función mediante la que se declara la inconstitucionalidad de las leyes constituye una de las dimensiones más relevantes – si no la de mayor trascendencia- del Poder Judicial. Este sucede declarándose inviable para resolver el supuesto bajo estudio, mediante la remisión a otra norma, de rango superior, que, obviamente, comprende a aquel. Esta inaplicación del texto examinado no se realiza en virtud de una valoración de factores “extra-normativos”, sino a partir de una “puesta en correspondencia” entre aquella norma y un texto constitucional, naturalmente, siempre en conexión con las circunstancias de la causa.

Directriz teleológica: Mediante esta directriz se procura desentrañar el “fin” de la norma, esto es, su sentido, *ratio* o los intereses que busca lograr, de donde la doctrina también la ha denominado directriz “teleológica-objetiva”. Cabe ponderar que, si bien los fines de la ley vienen dados por el legislador histórico, no resulta menos contrastable que las normas ostentan su propia racionalidad y que ésta, con el transcurso del tiempo y la inevitable mudanza del contexto que la vio nacer, “cobra vida propia y autónoma” y, de tal modo, la norma deviene, “más inteligente que el legislador”. El contenido de la “finalidad” de la norma varía, según se tenga presente, cuanto menos, un cuádruple orden de consideraciones: el fin concreto del precepto; el fin general de la materia o institución regulada; el fin genérico del derecho, y el fin de la sociedad en que el precepto se aplica.

1. Pautas de interpretación extra-normativas

Directriz de autoridad: Mediante esta directriz se procura mantener el significado de un texto o de una determinada relación jurídica de conformidad con lo que fuera fijado en un anterior precedente (interpretación judicial), o por parte de la doctrina (interpretación doctrinaria). Según su aplicación en la Antigüedad, “con la cita de un hombre se hace referencia a un complejo de experiencias y de conocimientos humanos reconocidos, que no contiene sólo una vaga creencia, sino que garantiza un saber en el sentido más exigente”

Directriz de la "Arquitas” romana: En Roma, la equidad (aequitas) es sinónimo de derecho (ius). Según este concepto la aequitas romana es equivalente al derecho inteligido en el caso concreto por parte de la jurisprudencia, por lo tanto, se está frente al derecho mismo, el que brota de las circunstancias de la causa a partir de una “puesta en correspondencia” con los principios creados por los jurisperitos.

Directriz de la “Aequitas” Judeo-cristiana: Con el advenimiento en Roma de la tradición judeo-cristiana, se advierte una progresiva pérdida de la autonomía de la jurisprudencia, como consecuencia, entre otras razones, de la creciente moralización del ius o aequitas debida, de forma no exclusiva, aunque si preponderante, a la influencia de dicha tradición. En este caso la equidad radica en “una relación de justicia cuyo deber atempera y cuyo derecho acomoda, en consideración a lo postulado por las circunstancias del caso, a causa del bien común o de las leyes generales que regulan las relaciones humanas”. En esta perspectiva, expresa que la “atemperación de lo debido puede tener diversas causas. Unas veces procede de la *benignidad* o de la *misericordia*, como ocurre cuando las penas que en justicia son debidas se alivian o se perdonan; otras veces su causa es la *solidaridad* humana (moratoria en los pagos, por ejemplo)”; otras proceden de la moderación necesaria para que el rigor de la justicia no daño otros valores no menos importantes (inembargabilidad del patrimonio familiar), etc.”

Directriz por las consecuencias: Dicho argumento “consiste en evaluar las consecuencias que se derivan de adoptar una u otra de las hipótesis rivales, es decir, de las posibles alternativas que tiene el decisor para determinar la regla, la premisa normativa que soluciona el caso”. “El criterio de evaluación es, concretamente, la aceptabilidad o no de las consecuencias que de su adopción se derivan. Por tanto, es un criterio valorativo y puede diferir entre distintos jueces, lo que se considera como “aceptable”. Se trata de una directriz de carácter “extra-normativo”, en tanto el empleo del precepto de que se trate depende del examen de consecuencias de diversa índole (morales, políticas, económicas, etc.) que gravitan influyendo sobre su empleo, bien que, como se observará a partir del extendido empleo dado por los tribunales, dicha ponderación tampoco es (ni puede serlo) ajena al sistema jurídico al que pertenece aquella disposición.

1. Pautas de interpretación extra e intra-normativas

Directriz del derecho natural: Bajo esta directriz se suele apelar a “ciertos criterios de indisponibilidad que es posible discernir en el contexto de las concretas relaciones de índole jurídica en las que se hallan inmersas las personas en la vida social” y que, procuran discernir esos “datos permanentes y constantes del fenómeno jurídico” que hacen al resguardo de las “condiciones naturales del vivir humano”. La búsqueda, pues, de la solución *justa* del caso concreto hace de este canon un típico ejemplo de los argumentos de “producción” normativa, esto es, se trata de una directriz por cuyo conductor se “crea” una solución ad casum ante la inconveniencia o injusticia de la existente. Sin embargo, es por demás frecuente que la gran mayoría de tales soluciones resulten finalmente incorporadas al ordenamiento jurídico, en cuyo caso estos argumentos se transforman en un canon de naturaleza “interpretativa”, ya que la “positivación” del criterio previamente discernido por la doctrina o, especialmente, por la jurisprudencia, deviene el punto de partida desde el cual el exégeta puede interpretar aquel.

Directriz de los principios: La presencia de “principios” en el ordenamiento jurídico genera una interpretación que se estructura “a partir de ellos” y que asume un doble carácter: “productivo” e “interpretativo”. En el primer supuesto –el carácter “productivo”- los principios actúan bajo una doble perspectiva: a- ante una “laguna” normativa, en cuyo supuesto un determinado principio concurre a suplirla, caso en el cual esta directriz supra, “amplia la capacidad de respuesta” de un ordenamiento jurídico al crear una solución de especie o “ad hoc”, y b-  a fin de no aplicar determinadas normas que resultan contrarias a una solución de justicia, es decir, que son opuestas a una práctica social, a una costumbre del foro o a ciertos objetivos que, ciertamente, emparentan esta directriz con la del “derecho natural” recién examinada. Al respecto del segundo supuesto, “el recurso a los principios ayuda a despejar dudas entre varias interpretaciones posibles escogiendo aquella que mejor se ajuste al principio en juego”. Mandatos como el de atender primordialmente al interés superior del niño, constituyen firmes criterios interpretativos en orden a resolver asuntos o a dilucidar la exegesis de reglas en que se den cita opiniones o planteamientos contradictorios.

* Capitulo 7: la justicia y el derecho.

**La tesis de Kelsen sobre la noción de justicia y su crítica.**

La justicia es tópico central en toda reflexión sobre teoría del derecho. KELSEN dice que ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, y sin embargo la pregunta sigue sin respuesta definitiva y que debe ser replanteada. Para HART hay dos reflexiones al punto de vista interno y externo del derecho. Para el punto de vista externo no existe cuestión científica alguna que haya podido ser resuelta o que pueda algún día resolverse de modo definitivo. Desde el punto de vista interno la frase del punto externo es irreprochable ya que el positivismo científico exige una respuesta concreta y definitiva a la pregunta, de modo que, al no hallarla en esos términos, no le queda otra alternativa que el escepticismo ético en el que, colapsa. Para el autor ninguno de los dos grandes grupos que se dividen las concepciones teóricas sobre la justicia (metafísico religioso y racionalista) proporciona una salida satisfactoria a la cuestión, pues sea que, como Platón, cifre su significado en la idea del bien absoluto, sea que, como Kant o Aristóteles lo ubiquen respectivamente en la formula “compórtate de tal modo que tu conducta pueda ser una ley universal” o en la razón entendida como doctrina del término medio, en ningún caso se esta en condiciones de precisar ya el alcance de ese Bien; ya el de los principios que cada uno desearía fueran generales para todos los individuos, ya la idea de justo medio, de modo que, concluye, todo termina quedando en manos del orden establecido, es decir, la moral y la ley positivas y por tanto puede servir para justificar a cualquier orden social. Si se examina la perspectiva por él denominada “metafísica” reflexiona que quienes defienden la idea de valores absolutos se engañan creyendo que es posible encontrar en la razón humana algunos principios fundamentales de lo que poder deducir valores absolutos. Pero estos valores están en realidad determinados, en última instancia, por elementos emocionales. De igual modo, si se pasa revista a la concepción por él llamada racionalista, fustiga la noción, atribuida a los siete sabios de Grecia, según la cual la justicia consiste en dar a cada cual lo que le corresponde. Es con la critica utilitarista ideada por Bentham como KELSEN desnuda su pensamiento mas propio. Luego d referir que para el filosofo la idea de justicia es la mayor felicidad posible para el mayor número, expresa que esta es inaplicable si se entiende por felicidad un valor subjetivo y si en consecuencia los distintos individuos tienen ideas distintas sobre su felicidad. La felicidad que un orden social puede asegurar debe ser la felicidad en un sentido objetivo colectivo. ¿Qué intereses humanos merecen ser protegidos? ¿Cuál es su jerarquía adecuada? Esta es la cuestión que se plantea cuando existen conflictos de intereses, y la justicia es necesaria en aquel orden social en que sean posibles los conflictos de intereses, que es cuando hay un conflicto entre dos valores y no es posible ponerlos en practica al mismo tiempo. El problema de los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a estas preguntas es un juicio de valor determinado por factores emocionales, subjetivo y valido únicamente para el sujeto que juzga, en consecuencia, relativo. Si por justicia se ha de entender una noción absoluta, parecería acertado que se trata de un ideal irracional o una ilusión, una de las ilusiones enteras del hombre. Rabbi Baldi descree que esa sea la noción a la que recurren Platón, Aristóteles, Kant y Kelsen. Cree que en cuanto concierne a Kelsen, ni siquiera su pensamiento más genuino incurre en la metodología positivista científica por el pregonada, ya que afirmar que el principio moral especifico de una filosofía relativista de la Justicia es el de la tolerancia entraña admitir un mínimo núcleo de indisponibilidad a saber, comprender las creencias religiosas o políticas de otras personas sin aceptarlas, pero sin evitar que se expresen libremente. No parte de un a priori sin conexión con la realidad de las relaciones intersubjetivas pues la afirmación de la tolerancia supone el reconocimiento del otro; es decir, de una persona igual que uno y acreedora de ciertos bienes que deben ser aceptados por todos. Cuando el jurista reflexiona acerca de los conflictos de intereses escribe que es imposible demostrar que solo una de las dos soluciones es justa, ya que una u otra pueden ser justas según las circunstancias donde la justicia es únicamente relativa y no absoluta. Con el razonamiento de KELSEN es razonablemente posible discernir en concreto cual de los intereses en juego resulta mas o menos justificado que el otro, tal y como habitualmente hacen los jueces en sus sentencias. Nociones como “bien”, “felicidad” adquieren una connotación muy diversa de la abstracta y desprovista de todo contenido que KELSEN había injustificadamente atribuido a los autores citados en su crítica histórica, ya que tales nociones se corresponden con elementos tangibles puestos a la consideración del interprete respecto de los cuales es dable conocer y decidir. Llegamos a la conclusión de que es posible alcanzar una noción de justicia y que esta ha sido y es capaz de proporcionar elementos de utilidad para la practica jurídica.

**Materiales para la configuración de una teoría de la justicia.**

Clasificación de las teorías de la justicia: toda teoría de la justicia afirma DREIER, supone un sistema de enunciados sobre la justicia. Toda lucha político-cotidiana se presenta como una inacabada discusión sobre la justicia desde siempre ha campeado en la humanidad el afán por brindar una razón de justicia a las decisiones legislativas, administrativas y judiciales. DREIER distingue entre teorías analíticas, empíricas y normativas de la justicia. Las primeras son teorías sobre estructuras lógicas y contenidos lingüísticos del concepto de justicia y su utilización en los juicios de justicia. Relativamente pocas teorías de la justificación son exclusivamente analíticas ya que, por lo regular, son elementos de teorías empíricas o normativas. Las segundas son teorías sobre cuales ideas de justicia realmente han sido o serán representadas en una sociedad, como se explican, histórica, sociológica, psicológica o económicamente y que papel han jugado o juegan efectivamente. Las enunciadas en tercer lugar aluden a cuáles concepciones de justicia se justifican o de que manera se pueden justificar éticamente. Teorías de esta clase surgen y se colocan en el centro de la filosofía del derecho y del Estado, tanto clásica como moderna, pudiendo distinguirse dos grandes grupos: “teorías materiales de la justicia” que se orientan a elaborar enunciados concretos sobre lo que es justo e injusto, y teorías procesales de la justicia, que se dirigen a desarrollar procedimientos cuyas condiciones y reglas deberán respetarse cuando se quiere producir derecho justo o fundar relacionalmente jurídicos de justicia. Las teorías materiales pueden subdividirse en teorías del derecho natural y en teoría s del derecho racional y las teorías procesarles se clasifican de un lado en teorías generadores de justicia, y teorías de creación estatal del derecho y teorías de creación privada autónoma del derecho; y por otro, en teorías fundantes de la justicia las que por su parte de distinguen en teorías de la argumentación y teorías decisionistas de la justicia, de todo lo cual, afirma el autor, es dable hallar ejemplos tanto históricos como sistemáticos. Según DREIER la teoría del Estado constitucional democrático en su totalidad ofrece el ejemplo histórico mas impresionante de una teoría de la justicia mixta procesal-material. Ella es una teoría procesal de la justicia porque formula condiciones y reglas de procedimiento legislativo, administrativo y judicial, que en su acción conjunta suministran conforma al humano criterio, la mejor garantía posible contra abusos e injusticia. Y ella es una teoría material porque pertenece a un Estado constitucional democrático la garantía de los derechos humanos y civiles.

El “dar a cada uno su derecho” en el horizonte de una teoría normativo-material-procedimental de la justicia: los seres humanos se hallan en condiciones, mediante un esfuerzo racional no sencillo, pero tampoco imposible de realizar, de discernir juicios verdaderos de otros falsos; lo ético de lo reprochable, y lo justo de lo injusto. La persona es el fundamento del derecho y se halla dotada de bienes inherentes que la razón humana conoce y que discierne como derechos propios. La configuración de tales principios requiere del concurso de las teorías argumentativas. La fórmula clásica de la justicia, esto es, el dar a cada uno su derecho, fue considerada, desde Sócrates, como una virtud que perfecciona al ser humano, superando de tal modo la idea de retribución típica de la Grecia arcaica, y respecto de la cual ya habían comenzado a alejarse los ensayos presocráticos. Desde entonces, la tradición clásica no discutió sobre el hecho de que la fórmula de la justicia supone una virtud, es decir, la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo cuyo en los términos de su exacta acreencia.

**Un estudio de la fórmula de la justicia.**

La justicia como virtud: el aporte de Sócrates. En la cultura griega pre-sofística la idea central es la de un orden concebido como armonía, equilibrio, proporción e igualdad, esto es, un orden como medida y por consiguiente, inteligible y expresable. Sobre tales bases, el retribucionismo tiene un papel central en la explicación de la justicia, por cuanto, en ultimo termino todo confluye en la recomposición o recuperación del orden perdido, es decir, del orden preferentemente formal o estructural, típico de esta concepción. Mito de Prometeo y Epimeteo respecto de la universalidad de la idea de justicia en todos los seres humanos: los dioses habían encomendado a aquellos distribuir las capacidades entre los seres mortales, tarea que llevó a cabo Epimeteo. Sin embargo, al gastar todas las capacidades en los animales, Prometeo, apurado por la carencia de recursos, tratando de encontrar una protección para el hombre, roba a Hefeso y a Atenea su sabiduría profesional junto con el fuego, y así, luego la ofrece como regalo al hombre. De este modo, el hombre consiguió tal saber para su vida, pero carecía del saber político, pue este dependía de Zeus. Ante ello, al temer el dios supremo que sucumbiera nuestra raza, envió a Hermes que trajera a los hombres el sentido moral y la justicia, para que hubiera orden en las ciudades y ligaduras acordes de amistad. Zeus dispone que al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad. Existe algo de lo que es necesario que participen todos los ciudadanos, como condición para que exista una ciudad, se trata de la justicia, de la sensatez, y de la obediencia a la ley divina. Dice Sócrates, de ningún modo se debe obrar injustamente. Pese a la opinión del vulgo, que el que es victima de una injusticia debe devolverla, ya que en ningún caso debemos hacer cosa injusta. Es mas feo hacer una injusticia que sufrirla. En el horizonte socrático, no hay referencias a un orden ajeno al hombre que se recompone por si mismo o por acción supra humana. El eje de la cuestión reside en los sujetos y estos son cada uno algo mas que una pieza de un mecanismo omniabarcante. Lo primero y mas importante en las relaciones de justicia resulta ser ahora el modo en el que se ve afectado cada hombre singular que interviene en dicha relación. Estamos pues, ante una consecuencia lógica de la personalización de la justicia. La justicia adquiere relevancia porque ahora lo que interesa es el modo en que afecta al sujeto humano que actúa. En la autoconciencia del obrar humano se hace imprescindible ver si las acciones propias nos hacen mejores o no, y mas concretamente si aquellas que se refieren a la relación con los demás dejan un poso de bien o de mal. Es decir, el interés de calificar como justas o injustas nuestras acciones reside a partir de ahora en que dichas acciones nos acercan o nos apartan del ideal de vida lograda. Es el sujeto humano el que se perjudica o se favorece a si mismo en su acción no por parámetros exteriores de éxito o reconcomiendo sino por la medida interior de saberse más cerca o más lejos de una vida auténticamente buena. En Sócrates también se halla insinuada la nota de alteridad que es clave en la noción de justicia, pues esta virtud precisamente se concreta en el bien ajeno que por ende supone otro beneficiario del obrar de uno, todo lo cual resulta fundamental en la organización de la ciudad. La condición de racionalidad de los hombres es distintiva entre los mortales, más su índole es una racionalidad practico-experiencial, que ausculta dialécticamente y por tanto, nunca de forma lógico-deductiva, las razones para adoptar como validos ciertos comportamientos respecto de otros, todo lo cual, en definitiva, arroja al hombre al círculo de las conductas mejor logradas “según justicia”, frente a las peores, porque en el ámbito de la praxis los razonamientos nunca con disyuntivos sino ponderativos o proporcionados a cada situación parcial. Según PALÁ, en la doctrina socrática están ya presentes todos los elementos de la noción de justicia que se hará común hasta el S XVIII, aunque adopte diversas formas. Aparece ya la idea de virtud entendida desde el sujeto; una alteridad plenamente jurídica, pues alcanza una comprensión del otro como sujeto plenamente igual; y por último, una referencia a lo justo en sentido material. En correlato con dicho contenido material, comparece una racionalidad práctica heurística, descubridora, abocada a la determinación del orden considerado como bueno.

**Análisis de la formula justicia.**

Dar: tiene un sentido genérico, por cuanto, abarca tantos tipos de acciones como son precisos para que cada cosa esté efectivamente bajo la esfera de poder real es su titular según lo contenido en el título, proceda este de un contrato, de la ley, de las costumbres o de la naturaleza (humana o de las cosas). Puede significar “entregar”, “respetar”, “devolver” o “desalojar”. Dar es un acto y no una norma, no es un debe darse. La justicia solo secundariamente es una virtud humana, ya que un hombre es justo si su conducta se adecua a las normas de un orden social supuestamente justo. La justicia es una norma y después es una virtud. Dicen Sócrates y Aristóteles que toda virtud consiste en una disposición de las potencias del sujeto o habito; no es una norma sino un hecho (una cualidad). Consecuentemente, la justicia, siendo una disposición de la voluntad es disposición a actos, en concreto al acto de dar. Como las virtudes se definen por sus actos, el ar a cada uno lo suyo designa un acto, una acción (dar), no un precepto ni un deber (debe darse). Entonces se distingue tres elementos: precepto, virtud y derecho. El primero es una ley (natural o positiva); la segunda, si se piensa en la justicia, es la virtud que da algo que viene ordenado por la ley; finalmente, el derecho (o lo suyo) es lo que corresponde dar porque es debido según la ley natural o positiva de donde en la virtud de la justicia el deber nace del hecho de que aquello que se da, es una deuda.

A cada uno: HERVADA dice que la expresión “a cada uno” es precisa, por cuanto la justicia no consiste en dar o repartir cosas a la humanidad, ya que “a cada uno” es a todos, pero uno a uno, sin excepción de ninguno. En efecto, se dice a cada uno porque la justicia mira a todas y a cada una de las personas humanas o morales que tiene un titulo sobre algo, sea este de derecho positivo, o de derecho natural. La justicia da lo suyo a cada titular de un derecho, a cada hombre, a cada mujer, etc. No es virtud de abstracciones o de grandes grupos, sino virtud de las relaciones sociales singulares y concretas. La practicidad o mirada al caso singular traspasa toda ciencia del derecho, desde el nivel filosófico al prudencial o inmediatamente práctico. Decir que se da su derecho a cada uno significa también que la virtud de la justicia no conoce la discriminación o acepción de personas, por cuanto, da a cada titular su derecho, sea quien sea, esto es, ni se lo niega ni se lo da en virtud de su condición, estado o circunstancias. El principio de no discriminación no significa dar a todos lo mismo, pues esto no es la formula de la justicia, sino dar a cada uno lo suyo. La justicia trata todos igual, en el sentido de que da por igual a todos su derecho, pero como dice ARISTOTELES, no necesariamente da las mismas cosas a todos, si todos no son titulares de ellas. Hay cosas que pertenecen igualmente a todos (ej, los derechos naturales del hombre) porque se basan en aquello en que todos los hombres son iguales; esas cosas se deben a todos por igual. Hay otras cosas que están diversamente repartidas y no se deben a todos por igual.

Su derecho: es el derecho que todos y cada uno tienen según el titulo (natural o positivo) que corresponda. Cual es, entonces, ¿ese derecho? Según HERVADA son amplios. Pueden significar bienes o males, cosas corporales o incorporales, puede ser una persona, una actividad, un animal, etc. En todos los casos se trata de un derecho exterior, en el que la exterioridad significa que se trata de algo que, por estar de un modo u otro fuera del sujeto, es capaz de ser objeto de relaciones humanas. Derecho es lo que esta atribuido a un sujeto como propiedad y lo que se halla en carácter de usufructo, de arrendamiento, etc. Una misma cosa pueda ser suya en relación con distintas personas, según distintas formas de titularidad. El derecho es lo que se determina en cada situación concreta. Pocas veces, en virtud de lo que al respecto dice el legislador; en mas oportunidades, por la decisión de un tercero imparcial en la mayoría de los casos, mediante un acuerdo razonable entre partes. El derecho supone una relación entre partes que concierne a bienes concretos que deben vincularse en un termino medio, medido por la igualdad o un orden legal.

**Las clases de justicia y su repercusión en la legislación y en la jurisprudencia.**

Las relaciones entre particulares, materia de la justicia conmutativa: las relaciones jurídicas entre particulares motivan este tipo de justicia en el que, según HERVADA, las acciones pueden reducirse a tres clases: intercambio de cosas; traslación de una cosa que genera el deber de devolución; el respeto al derecho ajeno, a lo que se opone al daño, el cual genera la restitución, y la compensación. Lo justo en estas relaciones se mide por la identidad o la igualdad en cualidad y valor de las cosas, de donde se trata de una justicia igualitaria, porque no se mide lo justo en razón de las personas sino en razón de las cosas mismas.

Las relaciones entre la comunidad y los particulares, materia de las justicias distributiva y legal:

1. Introducción: Hervada dice que la vida social no es solo un entramado de relaciones entre individuos, sino que comprende también el fenómeno de la colectividad del cual son las máximas expresiones hasta ahora conocidas el Estado y la comunidad internacional y en cuyo interior se observan las relaciones de “la colectividad respecto de sus componentes (Justicia distributiva) y las del individuo respecto de la colectividad a la que pertenece (justicia legal).
2. La justicia distributiva:

Planteamiento: a juicio de HERVADA para determinar la relación de justicia de la colectividad respecto del individuo que la compone, hay que ver donde se sitúa la deuda de la primera respecto al segundo, por cuanto es evidente que la justicia comienza donde comienza la alteridad, esto es, allí donde el individuo se manifiesta como otro respecto de la colectividad. La justicia en la distribución reside en el paso a la esfera particular de lo que pertenece a la esfera colectiva. Se trata de la distribución de los bienes y cargas comunes a los individuos que forman la colectividad. La medida de lo justo: si el derecho es el trato a recibir en aquella proporción en la que los bienes y cargas lee están destinados según la condición de miembro, lo debido vendrá determinado por esa proporción. ¿Cómo se mide? Toda sociedad o colectividad se especifica por sus fines, de modo que lo que corresponde dar a cada miembro vendrá determinado por la posición de cada uno respecto de la finalidad colectiva que puede variar según la manera como aquella se organice, de modo que esta posición se determinará por la distinta forma e intensidad de participación en el fin colectivo.

Aplicaciones: a cada cual según su condición, su función, su capacidad, su aporte a la sociedad y sus necesidades. Con condición se refiere ARISTOTELES a la monarquía, aristocracia y democracia. HERVADA dice que al modelo democrático responden aquellas colectividades que se constituyen como uniones de iguales, por lo que la base de partida es la igualdad de los miembros y la justicia de la distribución da de partir de la igualdad en la condición de los miembros. En la colectividad se da el principio de distinción de funciones, en tanto son distintos los oficios, cargos y actividades que cada uno desarrolla dentro de la colectividad, de donde, dadas las diversas formas o tipos de pertenecer a ella, corresponde a cada cual lo que pertenece a su función. La capacidad es la proporción de la justicia, por lo que atañe a la capacidad, reside en imponer las cargas y distribuir bienes y funciones proporcionalmente a la capacidad de suerte de que la introducción de criterios diferentes supone discriminación. En cuanto a las cargas dice HERVADA que es un desorden y es injusto (ejemplo pobres y ricos pagan igual impuesto). Con los bienes expresa que algunos deben repartirse según la distinta capacidad. En relación con las funciones el baremo indicado en orden a su proporcionada distribución lo constituyen los méritos. Finalmente, la necesidad es también criterio de distribución de bienes, por cuanto es justo que reciba más, quien más necesita. HERVADA dice que este baremo únicamente es justo en relación con la finalidad de la colectividad y si se cambian con los restantes criterios.

1. La justicia legal:

Concepto y aplicación: la justicia legal se origina según HERVADA que, si hay una deuda de justicia de la colectividad respecto de sus miembros, también estos tienen con respecto a aquella un deber de justicia. Ante ello, procede indagar cual es el derecho de la comunidad par con sus miembros. Para HERVADA, aquel bien que es propiamente suyo en cuanto tal colectividad y que sus componentes en cuanto tales deben contribuir a obtener es el bien común colectivo, o sea, la finalidad a la que está ordenada. Lo cual es obvio porque la finalidad es lo que cohesiona la colectividad y en consecuencia es aquello en cuya razón los individuos se unen. El bien común constituye el derecho de la colectividad ante sus componentes y correlativamente, la deuda de éstos ante ella.

La excepción de la ley: de nuevo sobre la EPIKEIA: el mero y mecánico cumplimiento de la ley no es siempre la ultima ratio a la que cabe aspirar en la vida social porque, con ser relevante existen situaciones particulares en las que su directa aplicación puede redundar en una injusticia que es la antítesis de la finalidad perseguida y que, en la medida de lo posible, es dable evitar. ARISTOTELES dice que cuando la ley plantea una regla general y sobreviene un caso fuera de aquella, es entonces adecuado, allí donde el legislador omitió prever el caso, pecando por exceso de simplificación, corregir dicha falta a través de la interpretación de aquello que el legislador omitió prever el caso, pecando por exceso de simplificación corregir dicha falta a través de la interpretación de aquello que el legislador mismo hubiera dicho de haber estado presente en ese momento, y de lo que hubiera puesto en la ley de haber conocido el caso en cuestión. De ahí procede que la EPIKEIA es lo justo y que es superior a una cierta especie de justicia, a saber, lo justo donde puede encontrarse el error debido al carácter absoluto de la ley siendo entonces un correctivo de la ley allí donde esta ha dejado de estatuir a causa de su generalidad.