

## LA DIGNIDAD HUMANA:

La justicia expresa el hecho del valor propio que debe ser respetado, su dignidad.

Ninguna de las antiguas concepciones pudo llegar a elaborar un concepto universal de la dignidad humana.

En etapas más avanzadas comienza a fundarse en virtudes morales que el ser humano realiza. Va construyéndose así el ideal del humanismo. El hombre adquiere una relevancia especial por realizar valores y destacarlos en su ser. Cada humano es visto como persona, algo especial y único

Así dos elementos determinan la dignidad humana: su carácter de persona moral y su singularidad,

Decir que el hombre es una persona moral significa que vive en propia responsabilidad. Que está abierto a los valores y que él tiene que realizarlos.

Su singularidad deviene de su carácter único. Es el hombre único sujeto moral posible. Por ello la dignidad debe preservarse aún frente al grupo.

Cristianismo y humanismo conformaron históricamente la imagen valorativa del hombre que ha

La necesidad constitutiva del otro construye y asegura nuestra recíproca dignidad de hombres, una dignidad establecida por nuestra propia naturaleza.

Moralizado el derecho por ésta idea, la voluntad de paz, orden y seguridad recibe una nueva fundamentación, resulta del respeto a la dignidad humana que se convierte en el centro de sus contenidos morales.

### **FASES DE LA JUSTICIA Y SU ADSCRIPCIÓN A LOS DISTINTOS TIPOS DE RELACIONES SOCIALES.**

Los valores morales nos guían en las diversas circunstancias de nuestra vida, están vinculados a la situación. Por ello no debe extrañar que desde antiguo se haya adscrito a cada relación social típica una faz diversa de la justicia.

Justicia conmutativa.

Los principios de justicia conmutativa han conseguido especial validez en el ámbito del derecho privado. Es la justicia de la balanza cuya regla fundamental es la del respeto recíproco de los derechos existentes. De ella se deriva la exigencia de reparación del daño causado de acuerdo al principio de culpabilidad.

A medida que el episodio del cambio económico se moraliza, el concepto de justicia conmutativa se profundiza extraordinariamente, pasando de la exigencia de una igualdad matemática a la búsqueda de ecuaciones que se adecuen mejor al debido respeto entre las partes.

Justicia protectora.

Se desenvuelve frente a las relaciones de poder exigiendo que todo poder de un hombre sobre otro sea limitado y controlado por el derecho.

Los principios de la justicia protectora valen en cualquier caso en que se presente relaciones de poder a fin de que queden sometidas al derecho.

Es esta faceta de la justicia la que se ve reflejada en el derecho constitucional cuando fija los principios del estado de derecho.

También en la existencia misma de las declaraciones de los derechos humanos. Con ellas se procura enfrentar al poder y su arbitrariedad de manera de garantizar la vigencia de tales derechos y el desarrollo de la dignidad personal.

En el derecho procesal, encontramos también sus exigencias expresadas como limitación al poder del juez frente a las partes y de los litigantes, para que ninguno alcance una posición de preeminencia indebida frente a los otros.

De igual manera en el derecho penal quedan recogidos los contenidos de la justicia protectora. Así frente a la pretensión estatal de aplicar sanciones antepone una serie de limitaciones progresivas, tanto en cuanto a su existencia e imposición como en cuanto a su cumplimiento.

En ella se fundan los principios rectores del derecho penal: ninguna pena sin ley anterior que la prevea (tipicidad), ninguna pena sin culpa, presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa en juicio, etc.

Toda la historia del derecho penal es la historia de la limitación de la pena por el derecho.

Justicia distributiva o justicia social.

Se trata aquí de distribuir los bienes y cargas dentro de un grupo de hombres que persiguen fines comunes conformando comunidades abstractas.

En la comunidad, donde los intereses personales pueden muy bien estar en pugna con los de los demás, por ser sus integrantes extraños entre sí, es decisivo que la distribución de los beneficios y sacrificios a realizar se compadezcan con las exigencias éticas.

Estamos ante la necesidad de realizar la igualdad frente a una disparidad de facticidades personales.

La única forma de restaurar la igualdad será privilegiando al que menos tiene en la faz de distribución y al que más tiene en la de la recaudación. Lo que se da a unos a debido requerírsele a muchas otras personas.

En el Documento de Puebla se manifiesta desgarradamente esta realidad de desigualdad económica que lleva a la situación de inhumana pobreza en que viven millones de latinoamericanos expresada por ejemplo, en mortalidad infantil, falta de vivienda, problemas de salud, salarios de hambre, migraciones masivas, etc.

Esa pobreza no es casual, sino producto de situaciones y estructuras económicas, sociales y políticas, entre muchas otras y exige cambios profundos que respondan a las legítimas aspiraciones del pueblo hacia una verdadera justicia social.

Otro factor que vuelve problemática la concreción de esta faceta es la utilización del estado como organizador de la distribución. Así muchas veces por la vía de profundizar las exigencias de la

justicia social se han ampliado tanto las atribuciones estatales que los límites puestos por las exigencias protectivas sufrieron graves daños.

En nuestros tiempos se propician otros modos de distribución más allá de la estructura estatal. A esto tiende el movimiento cooperativo, la participación obrera en las ganancias de las empresas, etc.

Buena parte del derecho laboral es reflejo de exigencias propias del momento distributivo de la justicia.

La justicia distributiva sustenta el principio de progresividad, es decir que pague más quien tiene más.

## DERECHOS HUMANOS:

- El núcleo del iusnaturalismo moderno son los derechos del hombre. Se los ha denominado derechos fundamentales, derechos individuales, derechos del hombre, derechos humanos.
- Derivan del reconocimiento de los diversos rasgos de la existencia personal.

NEGRI: derivan del respeto y promulgan la armonía.

Los argumentos con los que se ha querido fundamentar la existencia de estos derechos son diversos. Las muchas explicaciones que se han dado sobre este tema pueden agruparse en corrientes:

- *Historicistas*: sostienen que los derechos humanos aparecen como un producto histórico y son propios de la situación cultural en la que se elaboran.
- *Consenso*: piensan que los derechos humanos han surgido por un acuerdo y se mantienen gracias a los intereses prácticos de quienes los generaron.
- *Positivistas*: creen que si existen derechos humanos es porque el poder estatal así lo quiso.
- *Ius Naturalistas*: esta postura deriva del derecho natural del descubrimiento de las legalidades prejurídicas que devienen de la naturaleza de la cosa; sostiene que los derechos humanos se corresponden con la naturaleza misma del hombre.

Las tres primeras posturas se descartan porque no brindan mas explicación que una especie de capricho histórico, interesado o poderoso para los derechos humanos.

En cuanto a la postura Ius Naturalista creemos que brindan una base más sólida. La naturaleza del hombre no es otra que su dignidad. Al exigir la justicia respecto a esa dignidad, no se hace sino exigir que el ser humano sea tratado como persona (y no como cosa).

### Caracteres de los derechos humanos

- *Son Independientes de los acuerdos y estatutos humanos*: como son una proyección de la dignidad de la persona, no son dados ni regalados por nadie. Es decir que existen estén o no formulados o concedidos por el estado.
- *Son Obligatorios por si mismo*: no hace falta indicación o intimación alguna para que los derechos fundamentales obliguen a su cumplimiento.
- *Son inviolables*: no pueden ser negados ni impedidos o disminuidos por ningún acto arbitrario. Mi libertad no encuentra en el otro un límite, ni mis derechos llegan hasta donde comienzan los de aquel. Por el contrario, no soy libre si el otro no lo es.
- *Son Irrenunciables*: el hombre no puede renunciar a sus derechos naturales puesto que devienen de su propia naturaleza.

- *Su goce debe ser igual para todos:* toda persona por el hecho de serlo tiene derecho a que le sean respetados sus derechos.

Según...

**De carácter dialógico:** los derechos de reunión, expresión y libre pensamiento.

**De su unicidad:** el derecho a la intimidad, al nombre, a la nacionalidad.

**De su libertad:** el reconocimiento de sus diversos aspectos (de movimiento, de pensamiento, de opinión, religiosa, etc.)

**De carácter corpóreo:** los derechos a la salud, al trabajo, y a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado, etc,

## CLASIFICACION:

### DERECHOS DEL SUJETO SINGULAR

El hombre no es un sujeto individual sino personal, estos derechos están destinados al sujeto en singular ya que las colectividades no pueden ser entendidas como sujetos desprendidos de sus integrantes.

**Derecho a la vida:** es el primero de los derechos fundamentales. Sus formas de protección pueden ser muy diversas, pero siempre será necesario que se facilite al hombre todo lo necesario para vivir verdaderamente como un ser humano. El objeto de este derecho es la vida humana integralmente considerada.

**Derecho a la libertad:** la libertad es parte de la realidad humana. Es entonces un don propio y exclusivo de la persona que le confiere la dignidad de ser dueña de sus acciones en forma responsable. Se habla de libertades físicas, por ej. la libertad de movimiento que comprende la prohibición de la detención arbitraria, la garantía de la libre elección del lugar de residencia y de trabajo, etc. Las llamadas libertades propiamente espirituales, comprenden la de libertad de conciencia, libertad de la propia fe religiosa, de libre investigación científica.

**Derecho a la intimidad:** el hombre debe tener en sus manos la decisión sobre qué elementos de su vida quiere hacer públicos y cuáles no. Por ello se ha reconocido la inviolabilidad del domicilio, de los papeles privados, se ha prohibido la tortura como modo de forzar confesiones, así como ataques al honor. Es el derecho más ligado al derecho de libertad. Hoy en día se procura detener y evitar la intromisión que en la intimidad puede producirse por el mal uso de los nuevos adelantos tecnológicos, en especial a través de la informática.

**Derecho a la propiedad:** la personalidad del hombre se expresa en gran medida a través de las cosas, lo que vuelve necesario un cierto dominio sobre ellas.

La Iglesia Católica enseña por ello que la propiedad privada, o un cierto dominio sobre los bienes externos, aseguran a cada cual una zona absolutamente necesaria para la autonomía personal y familiar, y deben ser considerados como prolongación de la libertad humana.

Contra la legitimidad del derecho a la propiedad se han lanzado dos objeciones fundamentales, provenientes de sectores del pensamiento muy diferenciados.

La primera objeción señala que los hombres de superior resolución de la moralidad han superado e incluso abandonado toda propiedad de bienes materiales. Entonces la mayor virtud moral requeriría la renuncia de la propiedad.

La segunda objeción cuestiona si precisamente la propiedad no ha dado lugar a la opresión y a la explotación del hombre por el hombre, en especial cuando se refiere a los medios de producción. En efecto, muchas veces la propiedad se ha transformado en instrumento del poder, por ejemplo cuando se enlaza con una situación monopólica.

Las declaraciones clásicas de derechos humanos se refieren básicamente a los derechos de la justicia protectora, pero en los documentos más modernos se han desplegado otros no menos importantes: los derechos de la justicia distributiva.

Así los derechos a la educación, a la enseñanza, al trabajo y a la seguridad social entre otros. Estos derechos exigen para su concreción una intervención positiva de la sociedad, que deberá generar la infraestructura y recursos necesarios para que cada hombre pueda ser educado, tenga un trabajo, y sea beneficiario de un sistema de seguridad social en caso de infortunio.

Otro tanto ocurre con los derechos de los pueblos (en lo económico, político, y social) que reclaman el respeto y la solidaridad en las relaciones internacionales.

## **DERECHOS DE SUJETO COLECTIVO**

Estos derechos a los que también se llaman derechos de los pueblos, derechos de la solidaridad, o derechos de la tercer generación, son reconocidos como consecuencia de una mayor conciencia respecto de los lazos que unen a los seres humanos.

Los derechos de sujeto colectivo remarcan el carácter relacional del ser humano y la necesidad de contar con ciertas bases de gran amplitud social para la conformación de una facticidad que cumpla debidamente su objetivo: hacer posible para todo hombre una existencia con sentido.

Surgen de exigencias tanto de la justicia protectora, como de la justicia social.

Algunos de ellos son:

Derecho a la paz: sin el reconocimiento y la tutela de todos los derechos humanos no habrá paz plena y estable. Habrá solamente un equilibrio externo de fuerzas bélicas.

Resultado de este reconocimiento del derecho a la paz se ha tipificado como un acto internacional ilícito la propaganda en favor de la guerra en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**Derecho al desarrollo:** A partir de 1960 comenzó a elaborarse el concepto de desarrollo como eje de otro derecho fundamental. No se trata solamente de elevar a todos los pueblos al nivel del que gozan hoy los países más ricos, sino de hacer crecer efectivamente la dignidad y la creatividad de toda persona. Debe ineludiblemente fundarse en el reconocimiento del derecho de todo hombre a una vida libre y digna dentro de la sociedad.

En cuanto al modelo práctico de desarrollo, éste en tanto responda a su fundamento ético, puede variar, por cuanto es un concepto relativo a las circunstancias históricas y culturales y debe ser dinámico para adaptarse a los cambios que se produzcan en ellas.

**Derecho a la libre determinación de los pueblos:** se reconoce su ejercicio en tanto sea el presupuesto para la institucionalización de formas políticas basadas en el respeto de los derechos fundamentales. Su reconocimiento ha modificado en los últimos treinta años la faz política del mundo.

El principio de integridad territorial y unidad del estado debe prevalecer cuando estén dotados de un orden que respete a todos y respete los derechos de cada uno. Pero si la unidad nacional es una ficción que encubre una real dominación el pueblo sometido tiene derecho a ejercer su libre determinación, pidiendo y recibiendo, incluso, apoyo internacional para su lucha.

Este derecho no se agota en el logro de la independencia político- económica, ni en la adopción de alguna fórmula, sino que se mantiene frente a toda forma de acción colonialista .

**Derecho a beneficiarse con el patrimonio común de la humanidad:** es una convicción jurídica extendida que entre los derecho de sujeto colectivo se encuentra el derecho de todo ser humano de beneficiarse del patrimonio común de la humanidad. La expresión patrimonio común de la humanidad, surge a consecuencia del debate sobre la titularidad de los fondos marinos y subsuelo fuera de las jurisdicciones nacionales que se originara a partir de la década del sesenta.

Entraña la idea de un bien indivisible afectado a una finalidad común y utilizado sólo para fines pacíficos e implica una administración común y un reglamento y reparto equitativo de los beneficios. La humanidad aparece entonces al lado de los individuos y los pueblos como sujeto de derecho

Esa titularidad colectiva sólo se justifica si los beneficios se comunican efectivamente a todos los seres humanos.

Algunos bienes que se han considerado parte de ese patrimonio común son:

Los cuerpos celestes y el espacio ultraterrestres.

El espacio de frecuencias para las comunicaciones, que siendo un recurso agotable, debe tener un uso compartido que permita a todos acceder a él.

**Las diversas culturas:** así lo sostiene la Declaración de los principios de la cooperación cultural internacional de la UNESCO (1966) donde se expresa que en su fecunda variedad, en su diversidad y

por las influencias recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte de ese patrimonio común.

En cuanto a las prerrogativas que otorga se ha sostenido que la humanidad tiene el derecho de explorar, explotar, y utilizar estos recursos en forma pacífica, en beneficio de todos los hombres, más allá incluso de los intereses estatales y prestando especial consideración a los países en desarrollo, debido a las exigencias de justicia distributiva que lo fundan.

Derecho al medio ambiente sano: el derecho a un medio ambiente sano hace alusión a todo el conjunto de condiciones externas que conforman el contexto de la vida humana.

Derechos de las minorías: Así como todo individuo tiene derecho a no ser discriminado por ningún motivo, las minorías étnicas, religiosas, o lingüísticas deben ser respetadas en su identidad cultural. Ello no implica aislacionismo alguno ya que pueden coexistir armónicamente entre sí

De lo que aquí se trata es de impedir su discriminación o segregación, en orden al goce de los derechos fundamentales singulares y colectivos.

La protección internacional de este derecho se ha desarrollado básicamente en torno del tema de la no discriminación.



## POSICION DEL DERECHO:

El derecho se caracteriza por ser un orden abstracto incorporado a fórmulas. En el traslado de la idea moral de respeto al otro a la fórmula se objetiva el episodio de la creación del derecho por el hombre. Ese traslado se designa técnicamente posición del derecho.

Cualquiera sea la forma que la posición del derecho asuma (ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina u otras) ese contenido moral deberá estar presente. De otro modo, las reglas no serán de derecho.

Asimismo tendrán que respetar para que la solución sea correcta, los datos que provienen del estudio de la naturaleza de las cosas.

Resulta imprescindible que las soluciones puestas en las fórmulas respondan a la exigencia de respeto a la dignidad del hombre y tengan por finalidad lograr la armonía en las relaciones sociales.

## CARACTERES:

La posición del derecho presenta algunas notas características que valen para cualquiera de sus modos, a saber:

- Vinculación: Toda regla que se precie de jurídica debe contener una solución vinculada a la idea ética del respeto a la dignidad humana y ser adecuada a la naturaleza de la cosa que pretende regir. Nunca podrá ser producto de una arbitraria decisión. Cuando esta vinculación no se traduce en la fórmula, se la debe excluir del ámbito jurídico.
- Generalidad: La regla jurídica se refiere a los posibles conflictos de manera abstracta. Plantea y resuelve un número indefinido de casos. Descansa en estructuras básicas de la naturaleza humana y del mundo circundante.
- Historicidad: Toda la obra del hombre (la creación del derecho es parte de ella) se encuentra inserta en la historia. El desarrollo de la conciencia jurídica puede observarse a través de las distintas posiciones que han traducido ese contenido en el transcurso del tiempo. Un derecho que se desvinculara de los datos que la realidad proporciona no podría desarrollar elementos que armonicen la vida social.
- Permanencia y evolución: Una vez alcanzada, se presenta como la solución definitiva permanente. Sin embargo, el derecho se presenta en una constante, irreversible y lenta evolución. A medida que avanza el perfeccionamiento moral del hombre, las fórmulas deben ser adecuadas a su mejor conocimiento de las exigencias éticas.
- Universalidad: La regla jurídica por traducir una idea universal vale para toda la humanidad.

Ese carácter no implica desconocer las características propias de cada pueblo, las que deberán tenerse en cuenta en la integración de sus soluciones, pero sí recordar que la dignidad humana es una sola, en cualquier lugar y tiempo.

- Publicidad: Sólo serán posición del derecho aquellas fórmulas que cobren notoriedad en la vida social. No puede ser posición del derecho la decisión que no se hace pública. El derecho es un asunto público, vincula a la sociedad entera.

## **COSTUMBRE JURIDICA:**

El primer paso en la evolución del derecho, que marca en gran medida la progresiva constitución de la conciencia jurídica, es la costumbre

En ella la fórmula aparece implícita en la vida social misma. Respecto de los modos de posición, la costumbre aparece como un derecho no escrito.

El derecho consuetudinario, es la forma primitiva del derecho. La voluntad jurídica de un grupo social se manifiesta en ella a través de su comportamiento.

Muchos juristas consideran que esta manifestación del derecho se ubica en una fase previa a la del derecho a la del proceso de formulación abstracta y conciencia. Se trataría de una vivencia espontánea e intuitiva de la idea moral.

En primer lugar, se requiere que exista un uso, es decir que la voluntad del grupo se exprese materialmente. Ese uso adquiere certeza cuando es generalizado y notorio. Es decir, que no haya al mismo tiempo una costumbre contraria y que además que la practique todo el grupo.

Requiere asimismo que se repita durante un tiempo suficientemente largo como para comprobar la uniformidad del uso de manera continua, y que se trate de un uso público para considerarlo costumbre jurídica.

En segundo lugar, la repetición constante por sí sólo no basta, ya que hay actos que se repiten continuamente sin constituir costumbre en sentido jurídico. Se transforman en expresión del derecho cuando quienes la practican les reconocen obligatoriedad.

## **LEY:**

Es un precepto racional orientado al bien común, promulgado y sancionado. Tiene a su cargo el bien común de la comunidad.

Uno de los modos de posición del derecho más extendido actualmente es la ley.

Se caracteriza por proceder del titular de la fuente de poder político estatal, o al menos ser sancionada en esa instancia. Dependerá de la organización institucional de cada país la determinación de la figura del legislador, así como de los procedimientos formales que deben ser cumplidos para su sanción.

### **HECTOR NEGRI:**

Portadora de un proyecto de armonía social, fundado en el respeto a la persona humana, la ley es el resultado de múltiples esfuerzos y hallazgos, la rectificación de errores y el signo de un perpetuo y constante propósito: tratar al hombre en el plano de sus relaciones sociales de un modo acorde con su dignidad.

Frente a esa ley está la ley falsa, la que en vez de liberar oprime.

Un rasgo esencial de la ley es el de su contenido. A la ley corresponde ser portadora de una idea. La de la dignidad del hombre, la de que solo a partir del reconocimiento y respeto de esa dignidad es posible construir la armonía social.

### **CARACTERES:**

La ley debe ser :

**CLARA:** no prestarse a dobles interpretaciones, darse en un lenguaje accesible para el hombre común de modo que su función educadora pueda cumplirse. Esto no implica desconocer el lenguaje técnico jurídico que revela la búsqueda minuciosa de palabras y fórmulas que expresaran con plena claridad la solución desplegada en la ley.

**PÚBLICA:** De allí el principio de irretroactividad de la ley, la cual comienza a regir a partir de su publicación. Cuando este principio no se cumple estamos ante un retroceso del derecho.

Ambos requisitos del de la claridad y el de la publicidad, reflejan la tercer etimología de la ley, la de legere (leer).

GENERAL: Debe permitir planificar con certeza la vida de aquellos a que está destinada.

En lo posible deber ser pocas y verdaderamente necesarias. Los períodos de inflación legislativa coinciden habitualmente con gobiernos autoritarios.

Resulta también necesario que sea precedida por una etapa de deliberación popular en su elaboración. En el estado democrático la votación de la ley corresponde a una asamblea que expresaría la voluntad colectiva.

NEGRI: además debe ser ESTABLE: de una vez y para siempre.

### **ETIMOLOGIA DE LA PALABRA:**

Dos de las líneas etimológicas de la ley recogen este rasgo: la de eligere (elegir) y la de ligare (atar). La ley es una elección de la libertad. Toda ley significa una opción de valor y toda legalidad, la concreta afirmación de que en una cultura determinada ha quedado proscrita la arbitrariedad.

Y como ligare, expresa obligatoriedad que deriva de su vinculación con los valores morales que se tratan de realizar en ella. La ley ata por su referencia a valores. Si este rasgo no se respeta, la ley pasa de ser un esfuerzo moral de la libertad a ser un mero orden coactivo.

### **LEY EN SU SENTIDO FORMAL Y MATERIAL:**

Del Vecchio nos dice que donde quiera que concurren los requisitos extrínsecos, tenemos una ley formal: si además de esto se da también un contenido jurídico tenemos una ley material.

### **DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA:**

La jurisprudencia: es el conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los tribunales. La jurisprudencia establece una regla general valida para todo caso similar. Lo importante no es el fallo individual sino el principio en que se base.

La doctrina: son las soluciones que dan los doctrinarios a determinados problemas de interpretación de la ley que puedan llegar a tener los legisladores.

Los doctrinarios van a desarrollar una opinión sobre determinado tema.

### **LA JURISPRUDENCIA.**

Los episodios de interpretación e integración de las posiciones de derecho se realizan mediante la formulación de nuevos principios que permiten llegar a la solución del caso en cuestión, y que podrán luego ser aplicados a litigios similares por el mismo u otro tribunal.

La posición del derecho por el juez recibe el nombre de “jurisprudencia” y ha sido reconocida clásicamente como tal.

García Maynez define la jurisprudencia como el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales.

Mientras la sentencia es una norma individual, aplicable sólo al litigio que resuelve, la jurisprudencia establece una regla válida para todo caso similar. Lo importante entonces no es el fallo individual, sino el principio en que se basa.

La posibilidad de contar con un conjunto de sentencias que contenga la misma jurisprudencia, puede ayudar para abstraer su contenido, pero tal regla ya existe como posición desde la primera que se hubiera dictado.

Las fórmulas jurisprudenciales, adquieren autoridad y resultan obligatorias.

Así se incorporan a la vida jurídica.

Habitualmente llegan a conocimiento del público en general a través de recopilaciones oficiales o privadas, con lo que el requisito de publicidad, que toda posición de derecho debe cumplir, también se da en este caso.

## **JUEZ Y DERECHO**

### **UBICACIÓN DEL JUEZ FRENTE AL DERECHO.**

Generalmente las reglas de derecho se actualizan en la conducta humana espontánea y directa. El obrar libre y responsable del hombre se conduce en concordancia con las exigencias éticas.

Sin embargo, hay ocasiones en que producen conflictos que las partes no logran resolver. Allí aparece la figura del juez.

En los casos en que el diálogo no puede restaurarse, la presencia del juez aparece indispensable para contener el conflicto, racionalizarlo y enmarcarlo. La función del juez tiene por objetivo reducir los efectos multiplicadores del mismo en el seno del grupo. En tal sentido, es también constructor de paz social. Aristóteles afirmaba que el juez era el derecho vivo, la justicia animada.

Decidir jurídicamente en litigio significa, entonces, encontrar una solución que restablezca la paz y el diálogo, reconduciendo la relación interpersonal a una situación de reconocimiento recíproco.

Para poder hallar esa relación, debe descubrir cuales son las circunstancias fácticas del caso así como las reglas o principios del derecho que le permitan elaborarla. Esta labor se realiza en el marco del proceso judicial.

El juez debe restablecer la pérdida de la armonía, posibilitar el diálogo o por lo menos intentarlo y en caso que no se pueda restablecer el diálogo, de debe contener el conflicto.

El magistrado encuentra en el derecho los límites de actividad. Es por ello que la justicia protectora fundamenta una serie de reglas que fijan cómo habrá de desarrollarse el proceso y cómo tendrá que conducirse las partes y el juez en él.

### Los principios fundamentales que vertebran el derecho procesal son:

- Independencia del juez: el juez debe ser un tercero imparcial. En este requisito se funda la posibilidad de recusar a aquel magistrado que fuera amigo, enemigo, acreedor, deudor o pariente de una de las partes, o bien que hubiera expresado su opinión sobre el litigio antes de encontrarse en posibilidad de dictar su sentencia (prejuzgamiento), además debe ser independiente de los factores del poder
- Derecho de las partes a ser oídas y a ejercer su defensa: este derecho se concede igualmente a todas las partes del juicio. Abarca la posibilidad de intervenir en todo momento durante la averiguación de los hechos, y cuando se formulan las bases decisivas para decisión.
- Necesidad de un procedimiento de prueba: puesto que el juez no ha presenciado el origen del conflicto ni como éste se ha desarrollado hasta que las partes llegan ante el tribunal, los litigantes deberán demostrar las circunstancias fácticas en que basen sus reclamaciones. Así se establece la necesidad de probar los propios dichos, cuando deben considerarse demostrados, cuáles son los medios de pruebas admisibles y cuál la importancia que debe concederse a cada uno de ellos.
- Fundamentación de su decisión: el juez no aplica una justicia intuitiva, sino que tiene que basar sus decisiones en las reglas en que se expresa el orden jurídico. Tratando de conferirles un valor universal que a la vez excluya toda arbitrariedad.
- Carácter definitivo de la decisión: Una vez que el juez ha tomado su decisión ya no puede revocarla. Ello evita el peligro de la arbitrariedad, pero no excluye la posibilidad de solicitar una revisión de la sentencia en una instancia más elevada, principio procesal fundamental que tiende al control de la actividad judicial.

El juez no puede eludir su intervención en los casos que se le presenten bajo ningún pretexto.

Estas exigencias (decidir con justicia - todo conflicto que se le presente- conforme a posiciones de derecho) plantean problemas específicos. Cuando no existan reglas que regulen un conflicto determinado se hallará frente a una **laguna del derecho** ( hipótesis no prevista por el legislador).

### MODOS DE INTERPRETACION DE LA LEY:

Interpretar es desentrañar el sentido de una fórmula jurídica, a fin de determinar su campo de aplicación.

La ciencia jurídica ha ido elaborando una serie de métodos para lograr la correcta interpretación de las posiciones del derecho.

Sintetizamos aquí los principales métodos que se brindan al juez para el desarrollo de su labor.

**La Escuela de la exégesis:** es producto del racionalismo, limitó los modos posibles de posición del derecho a la ley.

Para interpretar debía recurrirse a los textos legales y procurar mediante su exégesis, desentrañar la voluntad del legislador. Para construir esa voluntad debe recurrirse a una interpretación gramatical de la fórmula, si esto no basta mediante el análisis lógico. Este último debe efectuarse teniendo en cuenta algunos principios formulados por esta escuela, no distinguir donde la ley no distingue.

**La Escuela histórica:** exalta lo intuitivo y lo espontáneo frente a lo racional. Utiliza el análisis gramatical y el lógico, pero agrega dos elementos: el elemento histórico, por el cual se compara la regla a interpretar con el derecho anteriormente vigente y el elemento sistemático que ubica la fórmula dentro del sistema total de modo de adecuarla a los principios generales en que tal sistema se articula.

**La escuela de la libre investigación científica:** fundada por Francois Geny en el cual además de los elementos que la escuela de la exégesis había incorporado cobra especial importancia el análisis de la finalidad perseguida por la fórmula, la ocasión en que fue elaborada, el medio social en que se originó y la concepciones predominantes en él.

**La Escuela del derecho libre:** revaloriza la importancia de los sentimientos en la determinación de la acción y el pensamiento del hombre. Rechaza a la doctrina de la suficiencia absoluta de la ley y la afirmación de la labor personal y creadora del juez.

## SUNSUNCION:

Una doctrina consideró que el juez al decidir un caso concreto debe subsumir los hechos bajo aquella posición del derecho que los contemple típicamente y aplicar las consecuencias previstas en tal regla. Basta con encontrar la regla adecuada y aplicar sus conclusiones.

Se pretendía eliminar con ella la arbitrariedad de los jueces que había sido característica de la práctica judicial de los siglos anteriores. El juez entonces, actúa sometido a la ley, sin posibilidad de crítica o elaboración alguna.

El positivismo más tarde, subrayó que la ley debía aplicarse del modo más mecánico posible y con la menor intervención posible.

Sin embargo otras teorías han criticado lo limitado de esta visión y propusieron una más libre relación del juez con las fórmulas.

La escuela del derecho libre consideró que el magistrado debía guiarse por su apreciación del contenido moral y social de las relaciones jurídicas, preocupándose más de la justicia que de la legalidad de su decisión. En este caso se exageró el rol del actuar libre del juez.

Aplicar el derecho significa, dar vigencia a pensamientos jurídicos, y no simplemente subsumir bajo conceptos generales un hecho. No siempre será posible encontrar una regla en la que claramente pudiera quedar subsumido el litigio.

### **DEBER JUDICIAL DE ESTIMACION:**

Un problema puede presentarse al juez en el desarrollo de sus tareas.

Es el que se produce cuando la posición, especialmente la ley, se encuentra en contradicción con las exigencias éticas del derecho.

Son dos problemas que confluyen.

Primeramente una regla injusta, y en segundo lugar la cuestión de si el juez puede decidir según las exigencias éticas creando derecho contra las fórmulas existentes. Este último es propiamente el del derecho judicial de estimación.

La primera cuestión afecta el comportamiento personal del juez. Podría tener que elegir entre renunciar a su cargo, negarse a decidir desarrollando una resistencia pasiva ( es decir eligiendo dejar de lado la obligación de solucionar todo conflicto), o lanzarse a una resistencia activa.

La segunda cuestión, tiene en cuenta fundamentalmente la naturaleza de la función judicial.

La idea del derecho establece como deber principalísimo del juez, llegar a una solución justa.

Se presenta aquí la necesidad de resolver creando una nueva posición contraria a aquella que resulta injusta.

En esta situación límite, existen algunos requerimientos que tratan de eliminar cualquier posible arbitrariedad y subjetividad en el examen que el magistrado realice de la situación.. En primer lugar el juez tiene que tratar de realizar una síntesis entre la fórmula y las exigencias éticas, examinar si no hay interpretación posible de la regla.

Si esa síntesis no es posible, deberá recurrir a su conciencia jurídica para encontrar la fórmula general que le permita resolver el litigio.