

Tema 10.– LA APLICACIÓN DEL DERECHO Y LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN.–

• CUMPLIMIENTO Y APLICACIÓN JURISDICCIONAL DEL DERECHO

El Dcho. ha nacido para ser eficaz, para ser aplicado en la vida social de una manera directa y efectiva.

• La aplicación del Derecho.–

Toda norma jurídica contiene (y es) un programa o plan de conducta para los sujetos a quienes va destinada; cuando el comportamiento de esos sujetos se ajusta al plan establecido en la norma, entonces es cuando se está produciendo la verdadera aplicación de esa norma. Cuando se habla de aplicación del Dcho. o de las normas se alude a la realización de actos jurídicos individuales conformes con normas jurídicas generales.

La aplicación puede concretarse en tres diferentes momentos:

- Cuando el sujeto directamente obligado realiza de forma voluntaria la conducta establecida en la norma.
- Cuando ese sujeto, tras haber incumplido inicialmente la norma, adapta su comportamiento a la sanción impuesta por el órgano competente
- Cuando cualquiera de los órganos que tienen competencia para ello dicta alguna disposición o decisión jurídica de desarrollo (=aplicación) de una ley o norma superior.

La aplicación del Dcho. ofrece dos manifestaciones básicas: el cumplimiento que llevan a cabo los particulares y la ejecución (aplicación propiamente dicha) por parte de los órganos jurisprudenciales.

Cumplimiento. Cuando las normas jurídicas son fielmente cumplidas de forma voluntaria por los sujetos a los que van dirigidas.

Aplicación. Si el Dcho. no puede lograr su propia eficacia sin la intervención de los órganos jurídicos estatales, ya que el inmediatamente obligado no sabe, no puede o no quiere darle cumplimiento tiene lugar la aplicación del Dcho.

Tipos de aplicación del Dcho.:

- Aplicación judicial. Cuando la concreción de las normas jurídicas generales es realizada por los jueces.
- Aplicación no-judicial. Cuando los actos de concreción o ejecución de lo regulado con carácter general en la norma jurídica vienen realizados por autoridades y órganos admntvs., es decir, por órganos que actúan en nombre del Poder Ejecutivo o Administración Pública.

La función jurisdiccional asumida por el Poder Ejecutivo origina la concreción no-judicial; la función jurisdiccional ejercida por el Poder Judicial constituye la aplicación judicial del Dcho.

• La importancia de la actividad judicial.–

La actividad de los jueces tiene una importancia capital para la vida del Dcho., sin su intervención, resultaría imposible para el Dcho. el actualizar su propia eficacia normadora.

Hay distintas alternativas sobre el sentido y la importancia de la función de los jueces.

Tras una larga etapa de máximo protagonismo (el juez decidía qué era lo que debía hacerse en cada caso

concreto para actuar conforme a Dcho. o justicia), la importancia jurídica de los jueces y de la función judicial se vio sometida a una drástica transformación cuando surgió y se consolidó el Estado moderno, con la secuela de enorme concentración del poder político y de creciente predominio de la ley sobre todas las demás formas de manifestarse el Dcho.

En el último tercio del s.XVIII, todo el XIX y a comienzos del XX, llegó a ser convicción predominante el pensamiento de que, puesto que el Dcho. positivo se halla contenido por completo en la ley escrita, la motivación fundamental de la actividad de los jueces debía ser la obediencia a la ley, la sumisión o subordinación al Dcho. vigente. Se pensó también que el juez debía limitarse a aplicar las leyes. Sin embargo, dicha concepción resulta hoy inadmisibile, siendo rechazada ya por la mayoría de los autores.

En la actualidad, la obra de los órganos jurisdiccionales no consiste simplemente en subsumir bajo una norma general el caso particular planteado y en sacar seguidamente, a modo de conclusión silogística, la sentencia pertinente, sino que la función judicial aporta siempre algo nuevo, algo que no está contenido en las normas generales, por lo que ha de ser reconocido el carácter en alguna medida creador de dicha función.

Así, el juez tiene que:

- Determinar cuál es la norma general aplicable al caso planteado. Ha de emitirse un juicio sobre la efectiva referencia del caso a la norma. Y este juicio, que implica múltiples valoraciones previas, sólo puede ser formulado por el juez.
- Decidir cuál es la calificación jurídica que corresponde a éste. Seleccionar los aspectos que inciden en la calificación jurídica del caso, prescindiendo de los otros. Y realizar la valoración o ponderación jurídica de cada uno de los aspectos seleccionados.
- Recoger en el fallo la resolución o tratamiento más justo. La sentencia no sólo habrá de integrar las normas aplicables con la calificación jurídica de los hechos relevantes seleccionados, sino que tendrá que pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas de tales hechos. El juez se verá obligado a llegar a un fallo técnicamente correcto, legalmente ajustado, jurídicamente justo o equitativo y socialmente aceptable.
- SIGNIFICACIÓN Y ALCANCE DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA

Tanto el momento de la creación de las normas como el momento de su cumplimiento o aplicación implican por sí mismos una amplia tarea de interpretación. Regular jurídicamente una relación social o buscar el ajustamiento entre cualquier caso concreto de la vida real y la norma comporta la exigencia de determinar, de un lado, la dimensión y significado jurídico de los hechos reales u, de otro, el sentido y el alcance de las normas formulables o aplicables. Y esa determinación sólo puede lograrse mediante una compleja actividad interpretativa, sin interpretación, ningún Dcho. puede ser realmente eficaz y operativo, ya que la función constitutiva del verdadero Dcho. es precisamente ser y actuar como eficaz reglamentación de las relaciones sociales.

La interpretación jurídica es una actividad que han de desarrollar todos los sujetos que intervienen. Interpreta, en primer lugar, el creador de las normas generales y abstractas. Interpreta el destinatario que cumple o incumple esas normas. Interpreta el funcionario o agente que vigila y exige el cumplimiento. Interpreta el abogado cuando asesora a sus clientes o cuando esgrime en juicio la fuerza de dichas normas. E interpretan también el juez que pronuncia sentencia y el órgano admto. que dicta resoluciones. La necesidad de interpretación afecta a todos los sectores o tipos de la normación jurídica.

Las normas jurídicas, por ser generales y abstractas, se expresan en forma muy genérica e indeterminada, mientras que las relaciones sociales son siempre particulares y concretas. Será necesario, por tanto, traducir o convertir la regla general en norma particular, transformar los términos abstractos en preceptos concretos, será imprescindible traducir o interpretar. La interpretación es un elemento inherente a cualquier tipo de proceso cognoscitivo del Dcho. Cualquier texto normativo, incluso el mejor formulado y el más claro, necesitará ser desentrañado en su sentido.

La interpretación implica la elección de alguno de los varios significados o soluciones posibles, por lo que ha de mediar un acto valorativo de esas soluciones en relación con los ppios. o criterios que han de tenerse en cuenta en cada caso.

La actividad cognoscitiva del intérprete de las normas jurídicas ha de estar siempre atenta a las consecuencias que se derivan del carácter histórico o circunstanciado de esas normas. El sentido y alcance de las normas pueden experimentar notables alteraciones con el decurso del tiempo y los cambios sufridos por las condiciones estructurales de la organización de la vida social y del propio sistema jurídico al que pertenecen. De ahí que el intérprete haya de tener siempre presente que las normas jurídicas son enunciados prescriptivos que están destinados a producir unos determinados afectos en la vida social y que, en consecuencia, han de ser analizados atendiendo a criterios de justicia, de adecuación al fin y de correspondencia entre la situación típica a la que se refiere cada norma y la situación real en la que va a aplicarse.

• PRINCIPALES TEORÍAS ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS

Los problemas básicos que plantea la interpretación del Dcho:

¿Qué papel juega la interpretación en la vida del Dcho.?

En relación con la importancia o funcionalidad que se atribuye a la interpretación dentro del proceso de realización del Dcho., pueden señalarse tres actitudes o teorías características a lo largo de la historia.

- La interpretación es una actividad innecesaria, peligrosa y perniciosa para el Dcho. Tesis defendida por los defensores a ultranza de la certeza jurídica y de la supremacía de la ley (Hobbes, Beccaria o Montesquieu) y los iluministas o el positivismo legalista, que piensan que el Dcho. se reduce a la ley y que ésta es una regulación completa y perfecta.
- La interpretación es un elemento del Dcho. positivo que resulta a veces imprescindible para su propia aplicación y eficacia. Los textos legales registran una cierta insuficiencia en relación con los casos que se someten a los jueces. Se hace inevitable la intervención de algún tipo de actividad interpretativa.
- La interpretación es forma parte del núcleo constitutivo central de la realidad jurídica. Todo ciclo vital del Dcho. constituye un continuo proceso de interpretación. Tesis defendida por quienes entienden el Dcho. como una sistemática construcción jerárquica y derivativa y por quienes lo explican dentro de una visión hermenéutica totalizante.

¿Con qué posibilidades cuenta la iniciativa del intérprete?

Tomando como punto de referencia las posibilidades que se le ofrecen a la iniciativa del intérprete, hay dos tipos básicos de teorías:

- Las interpretaciones cerradas. Se caracterizan por defender una estrecha subordinación al sentido inmediato de las leyes que deriva directamente de las propias palabras de las normas.
- Las interpretaciones abiertas. Conceden más importancia a la realidad integral del Dcho., a su función específica de regulación de la vida social y a la justicia que a las leyes. La interpretación de la ley se abre a procesos que sobrepasan los estrechos límites literales de los textos.

¿Cuál es el aspecto decisivo para la determinación del sentido de la norma?

Si se considera el aspecto al que atiende primordialmente la actividad interpretativa, hay dos teorías:

- Teoría subjetiva. El sentido genuino o verdadero de la norma es aquel que inspiró el autor de la ley y, en consecuencia, la meta de la interpretación es el descubrimiento de la significación o sentido que dio a la ley

la voluntad histórico-psicológica del legislador.

- Teoría objetiva. El destino de la interpretación jurídica es la averiguación del sentido normativo inherente a la propia ley, dado que las leyes se desvinculan de su voluntad creadora y adquieren una existencia y una operatividad independientes del proceso legislador.

¿Hasta dónde llega la eficacia de la interpretación?

Atendiendo al alcance o eficacia de la interpretación, hay dos teorías:

- Teorías que defienden el carácter propiamente reproductivo. La interpretación es un simple proceso cognoscitivo realista, un proceso receptor o reproductor del significado normativo que la propia ley realiza y manifiesta sin salirse de los límites de su existencia histórica. El intérprete sería un mero testigo del sentido de unas leyes que, a su vez, son la expresión auténtica y casi exclusiva del Dcho.
- Teorías que defienden el carácter productivo o creador. Si bien la ley es el elemento básico de la interpretación, es sólo el punto de partida, puesto que en ella no se contiene siempre una regla clara y precisa para cualquier caso que surja y que requiera una decisión. Es el intérprete el que hace aparecer el sentido adecuado de la norma para cada caso.

¿Cómo procede el intérprete en su actividad?

Fijándose en el carácter del proceso cognoscitivo en que se realiza la interpretación, hay dos teorías:

- Teoría interpretativa lógico-silogística. La interpretación es un simple proceso cognoscitivo de inferencia lógico-formal mediante el que el intérprete proyecta el significado abstracto de las leyes o normas generales sobre los hechos jurídicos concretos para deducir en forma automática la decisión o fallo aplicable.
- Teoría interpretativa racional-valorativa. La interpretación constituye una actividad compleja en la que el proceso cognoscitivo se desarrolla a través de constantes apreciaciones y juicios valorativos sobre el sentido de las normas generales y su función, sobre el alcance y las implicaciones de los hechos, sobre la actitud y situación de los sujetos afectados, sobre las posibles repercusiones de una u otra calificación jurídica, sobre las consecuencias y efectos del fallo, etc.
- LAS REGLAS DE LA INTERPRETACIÓN

Son las directrices o criterios metodológicos que pueden ayudar al intérprete a encontrar el sentido regulativo más propio de las normas que han de ser aplicadas en cada caso. En este sentido, las reglas de interpretación coinciden con los métodos interpretativos.

- Principales reglas o métodos de interpretación.-
- Método literal. La actividad del intérprete ha de atenerse al significado inmediato de las palabras en que vienen expresadas las normas. Lo que la ley no dice en su estricta literalidad no puede suponerse incluido en ella, ni inducirse de ella.
- Método subjetivo o histórico. El intérprete ha de colocarse en cierta medida en la posición del legislador originario, asumiendo todas sus ideas y proyectos e intentando saber cuáles fueron los propósitos concretos que el legislador tuvo a la vista y cuál fue el espíritu que presidió la redacción de la ley.
- Método lógico o de conceptos. Existe un sistema de conexiones lógicas o conceptuales entre las diferentes normas o proposiciones jurídicas por las que, a través de un método lógico-deductivo, se obtienen unas conclusiones adecuadas a cada caso planteado.
- Método objetivo o funcional. Se persigue el sentido o significado que radica en la propia ley, en sus ideas y en las consecuencias por ella implicadas. El intérprete ha de buscar la voluntad objetiva inmanente a la propia ley, en base al supuesto de que la acción del legislador posee la virtualidad de dotar a sus creaciones de un sentido más profundo y de más largo alcance que el que él mismo pensó.
- Método libre. Cualquier litigio representa un problema peculiar para el que no se encuentra todavía

disponible en la ley la disposición específica aplicable. Corre a cargo del intérprete el elegir aquella disposición jurídica que le parezca la más correcta y adecuada.

- Método teleológico o finalista. El objetivo básico de la interpretación (que es la captación del significado normativo de los preceptos jurídicos) sólo se logra a través del conocimiento de los fines o metas de los propios preceptos, puesto que son la referencia que las explica y les da sentido.
- Método valorativo. Sólo es posible encontrar el sentido o significado genuino de las normas si se tiene en cuenta el sistema concreto de valores sobre los que se asientan tales normas. Hay dos versiones básicas:
 - La que se limita a la consideración de los valores incorporados a las propias normas, donde la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas no pueden reducirse a una simple subsunción o proyección mecánica del caso planteado según las características generales y abstractas recogidas en el supuesto legal, sino que ha de realizarse a través de la ponderación de las ideas, ppios. y objetivos que informan el texto lega.
 - La que incluye la referencia a los valores informantes del sistema social dado. Hay criterios de valoración, que son reconocidos de forma predominante en una determinada época o en una determinada comunidad o área cultural y que encuentran su expresión en las normas consuetudinarias, en la ética social, en las instituciones, etc. Y esos valores o ppios. son precisamente los que permiten llegar a la interpretación correcta de las normas.

- Valoración global.–

Estos diversos métodos de interpretación son las manifestaciones más significadas. Pero son respuestas que no dejan de ser parciales e insuficientes. La tarea de interpretar el Dcho. es una actividad compleja y unitaria que no puede hallar solución en simples enfoques sectoriales. Por eso, el intérprete tendrá que utilizar a menudo todos aquello métodos que más contribuyan al descubrimiento de la solución adecuada.

El sentido gramatical, el significado histórico dimanante de la voluntad del legislador, la conexión lógico–sistemática, los fines de la norma, los valores incorporados por el ordenamiento jurídico o los valores todavía no incorporados que están vigentes ya en el sistema social de referencia son, por tanto, medio o criterios que pueden ayudar, con mayor o menor incidencia respectiva según los casos, a acceder a la adecuada solución jurídica del caso planteado. Así pues, los tradicionales métodos de interpretación no son caminos separados y excluyentes.

La funcionalidad concreta y el peso que tenga cada uno de los varios criterios interpretativos dependerá fundamentalmente del carácter o naturaleza de las normas jurídicas que van a ser interpretadas.

Tema 11.– EL CONTENIDO DE LA REGULACIÓN JURÍDICA.–

- EL ÁMBITO DE LA CONDUCTA HUMANA SOCIAL

El contenido propio de la regulación jurídica está constituido siempre por las actuaciones o comportamientos que los hombres realizan en el seno de la vida social en relación con las actuaciones o comportamientos de otros hombres. Sin embargo, el Dcho. regula también la relación del hombre con los animales o las cosas e, incluso, la posición jurídica o los dchos. de esas cosas o animales. Pero los objetos son sólo el motivo u ocasión determinante de la peculiar relación en que está un sujeto jurídico con otro u otros sujetos jurídicos.

No todas las actuaciones o comportamientos sociales de los hombres son contenido de la regulación jurídica, sino sólo aquellos considerados por cada sociedad como especialmente decisivos o importantes para su propia supervivencia y para el desarrollo ordenado y pacífico de las relaciones sociales.

El contenido de la regulación está integrado habitualmente, tanto por los actos o comportamientos como por los hechos implicados en ellos.

- HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

- Los hechos jurídicos.–

El hecho jurídico es todo hecho, acontecimiento o conducta que tiene significación jurídica, es decir, que produce efectos jurídicos, de tal modo que origina, transforma o pone fin a alguna relación o situación jurídica.

Son fenómenos o acontecimientos naturales cuya existencia se da al margen de la decisión de los sujetos jurídicos; son hechos que suceden u ocurren. Son actos humanos aquellos que son realizados conscientemente y con voluntad libre y son meros actos del hombre aquellos en cuya realización no interviene la consciencia o la voluntad libre. Y tales hechos son jurídicos en la medida en que están incorporados a algún esquema o estructura de normatividad jurídica.

Ejemplos claros son la caída de un árbol, la tormenta de granizo, cuando ocasionan daños y por estar estas situaciones reguladas en las normas.

- Los actos jurídicos.–

Son los hechos que se producen por la intervención voluntaria del hombre, siendo imprescindible la existencia de un mínimo de consciencia y de libre decisión de la voluntad.

Para que se dé un acto jurídico en sentido propio, es necesario también que la intervención del sujeto sea jurídicamente activa (puede manifestarse en un hacer o en un no hacer) y que consista en una conducta externa, ya que no será acto jurídico una mera intención que no llega a realizarse externamente ni una participación de receptor meramente pasivo.

Clasificaciones:

- La que distingue entre:
- Actos válidos. Los actos jurídicos normales, los que se ajustan a las exigencias prefijadas en las normas que los regulan y que, en consecuencia, producen los efectos jurídicos que tales normas tienen previstos.
- Actos nulos. Los que adolecen de una carencia radical y absoluta de validez por incumplir alguno de los requisitos esenciales establecidos por el ordenamiento; no han existido en ningún momento como verdaderos actos jurídicos.
- Actos anulables. Los que, sin ser radicalmente nulos, tienen una validez viciada por el incumplimiento de alguna exigencia no esencial, de modo que pueden ser considerados y declarados nulos, si no se subsana el vicio que les afecta.
- Actos inexistentes. Los que no se han producido nunca como tales actos jurídicos.
- La que distingue entre:
- Actos lícitos. Si son conformes a la línea de actuación prescrita en el Dcho. Podemos distinguir:
 - Negocios jurídicos. Se caracterizan porque el efecto que les asigna el Dcho. coincide totalmente con la finalidad perseguida por los sujetos que intervienen en su realización. El contenido es resultado directo de la voluntad manifestada o exteriorizada, dependiendo sólo indirectamente desde el momento en que haya una manifestación de voluntad por parte de quien esté legitimado para hacerla. Negocio jurídico es el acto jurídico por el cual una o más personas instauran, mediante la declaración de su voluntad, una relación jurídica cuyos efectos se subordinan a la voluntad declarada, dentro de los límites permitidos por el Dcho. Tipos:
 - Unilaterales y bilaterales. Los primeros implican sólo una declaración de voluntad y los segundos nacen del encuentro de dos o más voluntades exteriorizadas.
 - Solemnes e informales. Los primeros subordinan su existencia al cumplimiento de ciertas

formalidades y los segundos nacen desprovistos de todo formalismo.

- Mortis causa e inter vivos. Los primeros sólo producen efectos después de la muerte del sujeto que manifiesta su voluntad
- Onerosos y gratuitos. Los primeros incluyen una contrapartida o carga y los segundos excluyen cualquier tipo de contrapartida.
- Causales y abstractos. En los primeros es esencial la determinación del fin práctico (causa) en cuya virtud se concluye el negocio y en los segundos esa causa o fin práctico es totalmente secundaria, prevaleciendo la referencia al título.
- Actos jurídicos simples. Puede haber divergencia entre el efecto y la finalidad.

• LA RELACIÓN JURÍDICA Y LA SITUACIÓN JURÍDICA

Cuando la trama de las relaciones sociales (o determinado sector) pasa a ser intervenida por el Dcho., se produce la transformación jurídica de las relaciones sociales reguladas. A partir de ese momento, dichas relaciones van a contar con unas posibilidades y con una eficacia nuevas: la eficacia jurídica; todos sus elementos (sujeto, contenido, alcance, fuerza, sanción,...) tendrán ya dimensión jurídica.

- La relación jurídica. –
- CONCEPTO. –

Savigny. Relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña. Toda relación de dcho. se compone de dos elementos: primero, una materia dada, la relación misma; segundo, la idea de dcho. que regula esa relación. El primero puede ser considerado como el elemento material de la relación de dcho., como un simple hecho. El segundo, como el elemento plástico, el que ennoblece el hecho y le impone la forma del dcho.

Hay dos requisitos necesarios para que se dé una relación jurídica: en primer lugar, una relación intersubjetiva, un vínculo entre dos o más personas; en segundo lugar, una regulación jurídica de ese vínculo, de tal suerte que éste dé lugar a determinados efectos o consecuencias jurídicas. Si no hay una norma que proyecte su acción reguladora, no existirá la relación jurídica.

Las relaciones las crean los sujetos de la vida social cuando entran en contacto con otros sujetos y se colocan en una situación de vinculación recíproca. Y el Dcho. no hace más que asumir e integrar esas relaciones en su propia regulación cuando dichas relaciones tienen relevancia para el buen funcionamiento de la sociedad.

Legaz. La relación jurídica es un vínculo entre sujetos de Dcho., nacido de un determinado hecho definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva.

- ELEMENTOS. –

En la definición aparecen ya como elementos: los sujetos, el hecho condicionante, la vinculación correlativa, el objeto o contenido y la norma. Algunos pertenecen a la estructura misma de la relación y pueden ser calificados de internos o intrínsecos. Otros determinan a la relación desde fuera, pudiendo ser calificados como externos.

- Los sujetos jurídicos activo-pasivos. Son siempre los protagonistas de toda relación jurídica y su número puede variar. Han de ser inexcusablemente personas, sean físicas o jurídicas. Ahora bien, la presencia de varios sujetos, aunque éstos sean jurídicos, unidos por un vínculo relacional no es signo suficiente de que exista entre ellos una relación jurídica. El tipo o carácter de la relación social subyacente es decisivo para

determinar la existencia de las relaciones jurídicas.

- El objeto, contenido o motivo que hace que los sujetos establezcan o mantengan el vínculo recíproco. El objeto de la relación es la realidad sobre la que recae el interés de quienes han entrado en relación o el objetivo o finalidad que explica y justifica la existencia de esa relación. Sólo puede ser objeto el comportamiento humano social y, más concreto, la correspondiente prestación de hacer y de no-hacer, o de dar, que constituye el deber del sujeto pasivo y la facultad o dcho. del sujeto activo.
- El vínculo que une a uno de los sujetos y que les coloca en situaciones o posiciones jurídicas correlativas. Cuando la relación atribuye un dcho. a uno de los sujetos, impone a la vez al otro un deber correlativo. No siempre es un vínculo de sentido único: deber que va del deudor al acreedor y dcho. que va del acreedor al deudor. Lo normal es que las relaciones jurídicas consistan en vínculos de doble reciprocidad o doble sentido, es decir, que atribuyan dchos. e impongan deberes de forma simultánea a todos los sujetos de la relación.
- El hecho jurídico. Es un simple hecho natural o un acto humano voluntario.
- La norma. Es el elemento creador de la relación jurídica en tanto que es jurídica (está normativizada). Ha podido ser calificada de base o presupuesto de la relación, pero no de elemento estructural, ya que, al ser previa, parece quedar fuera de la estructura ontológica de la misma. Las normas actúan como elementos o agentes formalizadores de las relaciones. Son las que dotan a los hechos condicionantes de la virtualidad que les permite originar la vinculación jurídica en que consiste la relación. Y son las que configuran la posición jurídica de los sujetos dentro de la estructura relacional, asignándoles los dchos. y deberes correlativos que les corresponden.
- CLASES.-
- – Relaciones jurídicas personales. Radican directamente en la situación jurídica de los sujetos.
 - Relaciones jurídicas reales. Existen por razón de realidades físicas objetivas.
 - Relaciones jurídicas de obligación. Tienen como contenido principal las mutuas prestaciones de los sujetos.

b) – Relaciones jurídicas de Derecho Público – Relaciones jurídicas de Dcho. Privado

- Por el carácter de los sujetos que intervienen en las relaciones. Son de dcho. público aquellas en las que interviene un sujeto que detenta un poder o autoridad pública; las demás serían de dcho. privado. Sin embargo, hay múltiples relaciones jurídicas que, a pesar de que en ellas interviene un sujeto investido de poder o autoridad pública, son a todas luces relaciones típicamente privadas. Por eso, parece más razonable afirmar que lo que distingue a unas de otras es el carácter de las posiciones jurídicas que corresponde a los diversos sujetos que entran en relación, por razón de la propia relación que establecen. Son relaciones de Dcho. público aquéllas en que al menos uno de los sujetos, por ser titular de poder o autoridad pública, ocupa una posición caracterizada por la función de dirección y mando, de tal modo que la propia relación se ve afectada por el desequilibrio de las respectivas posiciones. Son relaciones de Dcho. privado aquéllas en que los sujetos que intervienen lo hacen desde posiciones situadas en un plano de igualdad relacional.
- Atendiendo al predominio inmediato del bien social o del bien particular que las determina, son relaciones jurídicas de Dcho. público aquéllas en que están en juego bienes de interés público y de Dcho. privado las otras en que no está implicado ningún bien o interés público. Es preferible utilizar como criterio diferenciador el carácter de la posición que ocupan los sujetos.
- La situación jurídica.-

La situación, en general, es un elemento condicionante de la existencia de los seres.

La situación en que se encuentra el hombre tiene contenido y eficacia jurídica sólo desde el momento en que el Dcho. admite que determinado acto suyo es la condición para reconocer la existencia de ciertos efectos o

consecuencias jurídicas.

Las situaciones jurídicas son las posiciones que ocupa cada uno de los sujetos que intervienen en las diversas relaciones jurídicas. O, las distintas circunstancias de la existencia jurídica personal conforme a las que el sujeto realiza o está en disposición de realizar las varias formas de conducta que constituyen el activo (dchos.) y el pasivo (deberes) de su haber jurídico.

Tipos:

- – Situaciones jurídicas pasivas. Son las que imponen deberes.
- Situaciones jurídicas activas. Son las que atribuyen deberes.

Lo normal es que cada una de las situaciones jurídicas en que está el sujeto comporte simultáneamente deberes y dchos. correlativos.

- – Situaciones jurídicas que tienen un carácter fundamental y genérico. Vienen impuestas y dan menos juego a la libertad del sujeto. Definen o determinan, por lo general, el estado de las personas (nacido, casado, nacional, apátrida...) y le permiten crear nuevas situaciones jurídicas a través de las que perfilar y desarrollar la capacidad que le corresponde en cada caso como sujeto jurídico concreto.
- Situaciones jurídicas que poseen un alcance más particular. Surgen de la iniciativa del propio sujeto. Han de ser consideradas como creación de su libertad jurídica.

Tema 13.– PERSONA O SUJETO DE DERECHO.–

- EL PROBLEMA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

¿En qué consiste ser persona jurídica y quiénes son personas jurídicas?.

- Persona, personalidad y personalidad jurídica.–

En el lenguaje ordinario persona equivale a hombre, a cualquier individuo de la raza humana.

La personalidad, en cuanto modo–de–ser de la persona (en cuanto cualidad constitutiva diferencial que separa y distingue a unas personas de otras), tiene un sentido que está siempre condicionado por los diversos ámbitos o marcos de referencia en que se realiza; no son ni significan lo mismo la personalidad ética, la personalidad social y la personalidad jurídica. Ahora bien, hay entre las tres una correlación bastante estrecha.

La personalidad jurídica es la transposición al ámbito del Dcho. de la personalidad humana. Según este punto de vista, el Dcho. se limita a atribuir la personalidad jurídica a quienes ya son por sí mismos personas. La atribución al hombre de la personalidad jurídica es una consecuencia necesaria y natural de su existencia socializada. La negación no puede entenderse más que como una excepción.

Se ha afirmado también que la personalidad jurídica es una creación o construcción técnica del propio Dcho., que sólo tiene significación en el ámbito de la normación jurídica y que no es una derivación o consecuencia de la personalidad extrajurídica. Una cosa es ser persona humana y otra ser persona jurídica; ésta es producto del Dcho., recibe toda su significación del Dcho. y sólo tiene sentido dentro del ámbito del Dcho. Por tanto, dentro de la teoría jurídica de la persona o sujeto de Dcho. ha de explicarse como la personificación que se hace de un conjunto de normas jurídicas, como centro ideal de imputación de las consecuencias jurídicas de esas normas.

¿Cuáles de los dos análisis es más defendible?.

Ha de comenzarse reconociendo que la personalidad jurídica es una creación o construcción del Dcho., en cuanto que es el Dcho. el que define su existencia y los límites de su alcance. Y aún cuando la personalidad jurídica se atribuye a los sujetos que tienen personalidad humana, se da una notable falta de coincidencia en el perfil y contenido de ambas. Cada individuo tiene una personalidad única e irrepetible. En cambio, la personalidad jurídica tiene un perfil fijo, constante y uniforme en cada uno de los diferentes tipos de sujetos jurídicos. La personalidad jurídica no es, pues, una magnitud independiente del Dcho., sino una creación de éste.

Sin embargo, esa construcción se basa en los datos que ofrece la propia realidad social y en la configuración de las funciones que corresponden a los diferentes papeles sociales que los individuos tienen que desempeñar dentro de la organización social. En esa medida, hay que concluir que la persona humana es persona jurídica en cuanto es persona en dimensión social. Según Legaz, aunque la personalidad jurídica, por ser una categoría de la vida social, es también una realidad normativa, es decir, construida, corresponde naturalmente a la persona humana, de modo que todos los hombres han de ser reconocidos como personas jurídicas.

Hoy, se considera persona o sujeto de Dcho. como el ser que es capaz de dchos. y deberes jurídicos.

Los ord. jurídicos actuales reconocen dos tipos o clases de personas jurídicas: los hombres o personas individuales y las colectivas. Las primeras son designadas con el nombre de personas, personas físicas o personas naturales y las segundas son llamadas personas jurídicas y son una creación artificial del propio Dcho. ambas se manifiestan o expresan a través de las mismas virtualidades: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar jurídicamente.

- Capacidad jurídica y capacidad de obrar.–

La presencia de ambas constituye el núcleo esencial de la personalidad jurídica. No siempre van juntas, sino que, a menudo, quien es titular de un dcho. carece de capacidad para ejercerlo por sí mismo. por lo que lo que la capacidad de obrar jurídicamente no es un elemento esencial primario de la personalidad jurídica y aconseja que se delimite con precisión ambos conceptos.

La capacidad jurídica de la persona es la aptitud intrínseca que tiene el sujeto para ser titular de dchos. y deberes, actuando como centro unificador independiente de los efectos de las relaciones jurídicas en las que interviene. El carecer de capacidad jurídica equivale a no ser persona en Dcho. Ha de ser reconocida como indivisible y como un bien indisponible. Ella es y da la posibilidad de apropiación o atribución que permite a la persona actuar, adquirir, poseer, estar obligado y responder. Su eficacia unificadora y centralizadora de todos los dchos. y deberes de que sea titular el sujeto se manifiesta, tanto en la unicidad de la personalidad jurídica como en la conexión de unidad de las diversas posibles masas patrimoniales.

La capacidad de obrar jurídicamente es la posibilidad que tiene el sujeto de realizar por sí mismo los dchos. y obligaciones de que es titular, bien como aptitud para realizar actos dotados de eficacia jurídica. Es una cualidad divisible: puede tenerse la capacidad para realizar una clase o conjunto de actos y carecer al mismo tiempo de la misma para otros, o bien puede tenerse capacidad para realizar cualquier tipo de actos jurídicos. En este supuesto, se tiene una plena capacidad de obrar; en los demás sólo se tiene una capacidad de obrar ilimitada.

La capacidad que tiene cada sujeto de obrar jurídicamente viene determinada sobre todo por su estado civil, por la posición que ocupa en cada una de las diferentes situaciones típicas de la organización social, y por algunas circunstancias que dificultan o impiden el autogobierno. Estos factores definen la extensión de la capacidad de obrar.

• LAS PERSONAS FÍSICAS DEL DERECHO

Según la filosofía cristiana y el individualismo kantiano el hombre ha de ser en todo caso sujeto de Dcho..
Sólo el hombre es sujeto de Dcho., los demás seres son objetos de la normación jurídica. Los otros seres son para el hombre cosas, realidades de las que se puede disponer; por eso, pueden convertirse en objetos de dchos. reales. En cambio, los hombres sólo podrán ser para otro hombre sujetos de relaciones obligacionales.

No obstante, el Dcho. positivo puede modificar la idea primitiva de la persona y puede también crear personalidades jurídicas artificiales.

Aunque en la actualidad se da una correspondencia básica entre ser hombre y ser persona jurídica, la personalidad jurídica no es atribuida o reconocida a todos los hombres en igual medida. Todos los individuos humanos coinciden en su personalidad jurídica mínima, en cuanto que tienen idéntica capacidad jurídica; pero la capacidad de obrar jurídicamente está distribuida de manera muy desigual, según una serie de circunstancias o situaciones (edad, sexo, etc.) que pueden modificarla o restringirla. Y esa alteración de la capacidad de obrar jurídicamente puede ser tan fuerte que resulta prácticamente inexistente, por lo que se hace necesario recurrir a la vía de la representación, es decir, a esa institución que posibilita que otros sujetos designados por el propio ord. jurídico ejerciten los dchos. o cumplan las obligaciones de quienes son incapaces de hacerlo por sí mismos.

Pero aunque un sujeto tenga plena capacidad de obrar jurídicamente, no por ello puede hacer todo lo que se puede hacer normalmente en Dcho.

• LAS PERSONAS JURÍDICAS O COLECTIVAS

Se les denomina así a sujetos del Dcho. constituidos, bien por un conjunto físicas, o bien por un conjunto de bienes a los que confiere unidad el hecho de estar organizados para alcanzar un fin, de tal modo que el ord. jurídico los considera titulares de facultades y obligaciones jurídicas. La existencia de este tipo de sujetos jurídicos es resultado de la necesidad de conseguir fines sociales que superan las posibilidades de acción de los individuos aislados. El reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva por parte del Dcho. depende más de su utilidad para la consecución de objetivos sociales deseables que de la existencia previa de una cierta personalidad social identificable.

- Su naturaleza jurídica.-
- Según la doctrina de la ficción. Las personas jurídicas son sujetos jurídicos ficticios creados por los juristas a partir de la regulación contenida en el Dcho. positivo, puesto que el sujeto de Dcho. en sentido estricto ha de ser un sujeto dotado de voluntad propia. Las personas jurídicas carecen de voluntad propia, por lo que, cuando el Dcho. les atribuye la personalidad jurídica, lo que hace es fingir que lo son, actuando como si existieran unos sujetos capaces de decidir por sí mismos.

b) Doctrina realista. Las personas jurídicas poseen una personalidad jurídica tan genuina y verdadera como las personas físicas o naturales, ya que constituyen entes sociales con subjetividad propia y con capacidad de decidir por sí mismos. Poseen por sí mismas una personalidad propia y distinta de la de los individuos que están integrados en ellas o que dirigen su gestión.

- Doctrina jurídica formalista. La subjetividad jurídica subjetiva es una construcción del Dcho., ya sea entendida como una especie de personificación mental de un conjunto de normas jurídicas, ya sea explicada como atribución o reconocimiento de capacidad jurídica a un substrato social previo. La construcción jurídica de la personalidad colectiva responde a la existencia de un fin objetivo supraindividual a cuyo servicio se pone una pluralidad de hombres o de bienes.

Hay en todos los supuestos y teorías un elemento que resulta ser decisivo para la existencia de las personas

jurídicas colectivas: el reconocimiento procedente del Dcho. Sin embargo, varía de unas teorías a otras. Para quienes afirman que las personas colectivas tienen por sí mismas una subjetividad social consistente, el reconocimiento del Dcho. tiene un valor meramente declarativo, en cuanto que no hace más que confirmar o proclamar un rasgo poseído ya previamente. Para quienes defienden la teoría de la ficción o la tesis de la construcción formal, el reconocimiento del Dcho. tiene un valor constitutivo, en cuanto que es el que crea la subjetividad jurídica que van a detentar las personas colectivas.

- El contenido de su personalidad. –

Sobre los límites de la capacidad jurídica de las personas colectivas, las doctrinas que sostiene que éstas son ficción o producto de una creación del Dcho., afirman que su capacidad jurídica está inevitablemente recortada dentro de la línea que marca el interés o finalidad que ha motivado el reconocimiento del Dcho. En cambio, las doctrinas realistas concluyen que la capacidad jurídica de las personas colectivas es ilimitada, al menos tanto como la que corresponde a las personas físicas o naturales.

En realidad, no parece que la subjetividad de las personas jurídicas colectivas tenga límites prefijados a priori de manera general. Pero es obvio que se encuentran sometidas a las limitaciones dimanantes de su propia finalidad constitutiva y de la regulación otorgada por el ord. jurídico. Según la finalidad o interés por la que se constituyó y según la regulación del Dcho., será distinta la capacidad de unas y otras personas jurídicas.

Esta consideración sintoniza con el conocido ppios. de que las personas jurídicas tienen una subjetividad que procede del reconocimiento del Dcho.

Las personas jurídicas colectivas son los sujetos titulares de los dchos. y las obligaciones, pero no pueden ejercerlos sino mediante los órganos. Estos órganos pueden estar integrados por un individuo único o por una pluralidad de personas individuales, pero siempre actúan como voluntad unitaria, de tal modo que los efectos jurídicos de sus actos se atribuyen a la persona jurídica colectiva y no al individuo/s que actúan directamente. Para que estos efectos se produzcan, los individuos que integran el órgano han de estar nombrados según las correspondientes normas estatutarias o legales, han de actuar en nombre de la persona jurídica a la que representan y han de hacerlo de acuerdo con las competencias que tienen atribuidas.

- Clases de personas jurídicas. –
- Por referencia a las realidades que están integradas en ellas como elementos constitutivos primarios:

a.1) Asociaciones y sociedades. Constituidas por una pluralidad de personas físicas que actúan con una concordancia unitaria de voluntades en orden a conseguir unos fines predeterminados. Prevalece el elemento personal, de tal modo que el patrimonio o los fines son sólo elementos accesorios e instrumentales, si bien estos elementos secundarios son precisamente los que determinan los distintos subtipos de asociaciones: lucrativas, benéficas, deportivas...

a.2) Fundaciones. Constituidas por un conjunto de bienes destinados a alcanzar un fin; puede estar presente en ellas el elemento personal, pero prevalece el elemento patrimonial.

a.3) Corporaciones. Se caracterizan por concitar simultáneamente el elemento personal y el elemento intencional de los fines o funciones que les corresponde realizar dentro de la vida social.

- Otra clasificación:

b.1) Personas de Derecho público. Aquellas que pueden ejercitar en sus relaciones con otras personas el dcho. de mando, es decir, las que adoptan en esas relaciones una posición caracterizada por la superioridad.

b.2) Personas de Derecho privado. Las que no disponen del dcho. de mando, sino que han de adoptar

posiciones de igualdad. Pero estos dos tipos de personas jurídicas han sido caracterizados también atendiendo al interés que reviste la finalidad que persiguen; si esa finalidad es de carácter público, las personas que la ostentan son de Dcho. público, si, en cambio, el fin general perseguido reviste interés sólo para los miembros de la correspondiente persona colectiva, se estará ante personas jurídicas de Dcho. privado.

Tema 21.- EL IUSNATURALISMO Y SU HISTORIA.-

• LA HISTORIA DEL IUSNATURALISMO Y LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA

Para trazar esta reseña histórica seguiremos la marcha cronológica de la historia de la filosofía, y anticipamos que entre una y otra historia habrán de apreciarse constantes paralelismos. La idea iusnaturalista no es sino una respuesta filosófica al problema del derecho, el intento de buscar el último fundamento a lo jurídico; y esa respuesta ha de ser congruente con la filosofía vigente en cada momento histórico. Por eso, el iusnaturalismo, en cada etapa, tendrá los caracteres y orientaciones que le dicte la concepción filosófica que prevalezca: y cuando esta concepción filosófica dominante sea de corte positivista, con la característica oposición a la metafísica de todo positivismo, apreciaremos un decaimiento en la idea iusnaturalista, por cuanto el iusnaturalismo es, en definitiva, la afirmación de una metafísica del derecho.

• LA IDEA IUSNATURALISTA COMO CONSTANTE HISTÓRICA

Si la idea iusnaturalista es una idea filosófica, el nacimiento de la misma nunca podrá ser anterior a la aparición de la reflexión filosófica.

La idea de que por encima y más allá de las leyes humanas existen unos ppios. superiores a los que el legislador ha de sujetarse a la hora de formular sus preceptos fue una noción presente desde muy temprano en el pensamiento griego, no para oponerse a abusos de los gobernantes autocráticos, sino como una convicción nacida del examen y consideración de la naturaleza humana, cuya estructura, tendencias y aspiraciones no pueden ser constreñidas por las leyes sin atacar la esencia misma del hombre. A partir de esa primera aparición en el remoto pensamiento presocrático, la idea iusnaturalista no ha dejado de estar presente en la filosofía, por lo que con toda razón puede decirse que constituye una "constante" histórica de la Humanidad.

En la historia del iusnaturalismo se aprecian altibajos y alternativas, momentos de esplendor frente a épocas en que la noción pierde muchos grados de vigencia; pero nunca llega a eclipsarse por completo e incluso sale de estos períodos con renovada fuerza, "eterno retorno del Derecho Natural".

Las discrepancias entre los sistemas iusnaturalistas no son tantas ni tan profundas como a primera vista pudiera parecer, y no pocas diferencias se resuelven o desaparecen en cuanto se profundiza en el conocimiento de las versiones aparentemente divergentes, quedando reducidas con frecuencia a meras disparidades terminológicas.

La filosofía permite la variedad de explicaciones o interpretaciones de una realidad y esa nota trasciende a las disciplinas filosóficas y, por consiguiente, también al derecho natural.

• DERECHO NATURAL Y LEY MORAL

La idea del derecho natural había constituido una "constante" histórica; pero conviene delimitar bien los conceptos: el derecho natural es un auténtico derecho, participa de los caracteres de lo jurídico y de modo especial la referencia a lo social, a la vida comunitaria, que es nota esencial del derecho, el derecho, todo derecho tiene como fin inmediato la regulación de la vida de convivencia. Lo que no son actos de convivencia no interesan al derecho; dichos actos corresponderán a otras normatividades, más no a la jurídica.

Fronteras del derecho natural. Con frecuencia se incluyen dentro del iusnaturalismo tesis que afirman la

existencia de unas normas morales que están por encima de las prescripciones del derecho humano. Que dichas normas existen que son superiores a las jurídicas, que el derecho debe respetarlas e incluso buscar en ellas una cierta orientación, que se hallan presentes espontáneamente en la conciencia de los hombres..., todo ello es innegable, pero no les quita su condición de leyes morales, en cuanto que no pretenden guiar la conducta humana en el seno de la convivencia social.

No hay inconveniente en admitir como manifestaciones del iusnaturalismo las posturas que afirman la existencia de tales normas, pero se trata entonces de una concepción amplia de iusnaturalismo (lo que llamábamos objetivismo jurídico), entendido en el sentido de afirmar que el llamado derecho positivo ha de afincarse en un fundamento más allá de la simple voluntad del legislador. Pero un concepto estricto y riguroso del derecho natural tendría que marginar todas estas referencias a normatividades, superiores, sí, al derecho positivo, pero no jurídicas.

Tema 14.- DERECHO SUBJETIVO.-

- LA PRESENCIA DE ESTA CATEGORÍA EN LA DOCTRINA JURÍDICA A TRAVÉS DE LA HISTORIA

Derecho subjetivo es el sentimiento de una serie de facultades o poderes que le corresponden al hombre para hacer algo, para reclamar de otro que lo haga o para exigir de los demás que no perturben o interfieran la propia acción.

En la antigüedad no existió ni pudo existir una noción de dcho. subjetivo como poder o facultad que tiene el individuo frente a los otros o frente al Estado, ya que la idea misma de subjetividad jurídica como realidad independiente del Dcho. objetivo del Estado estaba radicalmente ausente de la mentalidad jurídica de la época.

La subjetivación del viejo concepto romano del Dcho. llegó en la Baja Edad Media de la mano de una controversia teológico-jurídica: la mantenida entre la Orden franciscana y el Papado en torno a la cuestión de la pobreza evangélica. Se introdujo la visión del Dcho. como potestad o poder que corresponde a un sujeto de usar una cosa o de reivindicarla en juicio como propia. El primero es un simple dcho. de uso; el segundo constituye el dcho. subjetivo en sentido fuerte y coincide con el poder central de la propiedad. Según Occam es la potestad humana principal de vindicar en juicio una cosa temporal y de utilizarla de cualquier modo no prohibido por el dcho. natural.

La Escolástica española de los s.XVI y XVII consolidó la visión subjetiva del Dcho. como poder o facultad de disposición sobre las cosas. Según F. Suárez suele llamarse propiamente dcho. a cierto poder moral que uno posee sobre lo suyo o lo que le es debido. Según D. De Soto, dcho. en su sentido subjetivo es la facultad de disponer y usar libremente de las cosas.

El Iusnaturalismo racionalista de los s.XVII y XVIII proclama los dchos. que corresponden a los hombres por imperativo de su propia naturaleza y que la organización social ha de reconocer, consagrar y garantizar a través de las leyes. El dcho. subjetivo pasó a ocupar el centro del orden jurídico general anteponiéndose al Dcho. establecido por la organización social, en el sentido de que este Dcho. se ponía al servicio del reconocimiento y la salvaguardia de los dchos. subjetivos naturales.

En los s.XIX y XX se profundiza en sus problemas teóricos más importantes, y lo convierte en una especie de centro y justificación de toda posible explicación científica del Dcho.

- NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO SUBJETIVO
- Naturaleza.-
- LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD.-

Según la doctrina defendida por Savigny y Windscheid, el derecho subjetivo es un poder atribuido a la voluntad del sujeto, un ámbito de señorío de la voluntad, una esfera de autonomía que el ord. jurídico pone a disposición del individuo, junto con la protección correspondiente. Esa iniciativa soberana de la voluntad individual puede manifestarse en dos diferentes direcciones; bien provocando el nacimiento, cambio o desaparición de dchos. propios, o bien exigiendo de otro sujeto algún comportamiento previsto en la norma que ampara el dcho. propio.

El inconveniente de esta teoría es que hay sujetos, como los incapaces, que, teniendo una plena titularidad sobre ciertos dchos. subjetivos, no pueden poner en éstos el pertinente núcleo de voluntariedad. Y hay también dchos. (los dchos. sin sujeto) que subsisten al margen de la voluntad y hasta del conocimiento de un titular. Y es posible afirmar la existencia de dchos. subjetivos que han nacido y subsisten al margen de la voluntad psicológica de su titular y hasta a pesar de la voluntad contraria de sus titulares.

• LA TEORÍA DEL INTERÉS. –

Según Ihering, el dcho. subjetivo debía caracterizarse como un interés jurídicamente protegido, como aquel interés que está respaldado por una protección jurídica cuya efectividad depende de la iniciativa del propio titular. En él hay dos elementos: el interno y sustantivo y el exterior y formal. Ambos son igualmente necesarios para que pueda hablarse de dcho. subjetivo.

Jellinek definió el dcho. subjetivo como un interés tutelado por el ord. jurídico mediante un poder atribuido a la voluntad individual. El contenido nuclear del dcho. subjetivo está constituido por el interés que el sujeto tiene en relación con alguna realidad del mundo social, si bien sea imprescindible la presencia de una regulación jurídica que ponga a disposición de ese sujeto la correspondiente protección del ordenamiento.

El inconveniente es que puede ocurrir que un titular no tenga ningún interés en su propio dcho. subjetivo e, incluso, que tenga verdadero interés en no ejercerlo ni ser titular del mismo. Hay intereses cuya realización está respaldada por el ord. jurídico y que no constituyen dchos. subjetivos.

• LA TEORÍA DE LA POSICIÓN JURÍDICA. –

Es mantenida por autores adscritos al institucionalismo, al sociologismo, al comunitarismo o al normativismo formalista.

Kelsen ha afirmado que el llamado dcho. subjetivo se identifica con el Dcho. objetivo en cuanto que queda reducido a la posibilidad que reconocen ciertas normas de poner en funcionamiento los mecanismos previstos en ellas para hacer que determinados sujetos cumplan los deberes jurídicos que les incumben. La esencia del dcho. subjetivo se encuentra en el hecho de que una norma otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación. En última instancia, el dcho. subjetivo no es más que la posición en que las normas jurídicas colocan al sujeto cuando ponen en sus manos la posibilidad de desencadenar el proceso que conducirá a la realización de las consecuencias jurídicas previstas en las propias normas. No hay ningún poder o capacidad de decisión de la voluntad humana que sea aceptado y respaldado por el ord. jurídico; el dcho. subjetivo sólo existe en la medida en que ha sido creado por las normas al incorporar la manifestación de la voluntad del sujeto como condición de la imposición de una sanción. Se trata de una teoría negadora de la existencia del dcho. subjetivo.

• OTRAS TEORÍAS. –

Definen al dcho. subjetivo mediante conceptos integradores de carácter pluridimensional en los que se combinan los tres elementos básicos señalados: voluntad, interés y normación jurídica.

Hay una cuestión que aparece cuando se intenta precisar la naturaleza o caracterización del dcho. subjetivo: su

autonomía sistemática respecto del Dcho. objetivo. ¿Es anterior a éste en alguna medida o no es más que una creación suya?. Según una visión iusnaturalista, los dchos. subjetivos preexisten al Dcho. objetivo, de tal modo que a éste sólo le corresponde la misión de garantizar su protección. Según la doctrina positivista, el dcho. subjetivo sólo existe en tanto en cuanto ha sido reconocido por el Dcho. positivo.

Pero no puede darse una solución uniforme y única. Hay unos dchos. subjetivos (los fundamentales) que preceden existencialmente al Dcho. positivo. Y hay otros dchos. subjetivos (los ordinarios) que sólo existen como tales dchos. en la medida en que hayan sido establecidos por los ord. jurídicos positivos.

- **Contenido.**—

Es el haz o conjunto de posibilidades de acción que están a disposición del titular del dcho. y que suelen designarse con el nombre de facultades. El número de esas facultades varía notablemente de unos dchos. subjetivos a otros. por otra parte, aunque es imposible separar la existencia del dcho. subjetivo de la existencia del haz o núcleo de facultades que contiene, no puede identificarse al dcho. con esas facultades, ya que éstas pueden faltar sin que llegue a desaparecer el dcho. mismo.

Estas facultades que constituyen el contenido del dcho. subjetivo ponen a disposición del sujeto titular una esfera o campo de acción que contiene estos tres sectores fundamentales: uso y disfrute, disposición y pretensión.

- Uso y disfrute. Posibilidad de realizar en paz y libertad las acciones que el propio dcho. le garantiza. Todo dcho. subjetivo atribuye a su titular un ámbito de actuación que está a su servicio y dentro del cual puede moverse libremente.
- Disposición. Facultad de adoptar decisiones definitivas sobre su ejercicio, su conservación, su modificación o su extinción, dentro de los límites que su propia estructura o la pertinente regulación jurídica impongan. Los dchos. subjetivos, además de hacer posible que el titular use y disfrute por sí y para sí de las facultades que atribuye, ponen al mismo tiempo en sus manos la posibilidad de entregar esas facultades a otro u otros sujetos. Hay que tener en cuenta que entre los dchos. subjetivos se encuentran algunos que no son susceptibles de disposición (como los personalísimos).
- Pretensiones. Los dchos subjetivos garantizan también la posibilidad de ejercitar una serie de pretensiones que tienen por finalidad la intervención de otros sujetos en su proceso de realización que puede consistir en el cumplimiento de las obligaciones que forman parte de la estructura del dcho. o en la adopción de medidas jurídicas de protección.

Los tres sectores de adscripción de las facultades que atribuye el dcho. a su titular están casi siempre presentes en todos los dchos. subjetivos. Pero no todos los sectores son igualmente visibles en todos los dchos.

- **TIPOLOGÍA BÁSICA**

- Atendiendo al alcance o extensión de la exigibilidad:

- Dchos. absolutos. Los que pueden ejercitarse frente a todos los demás sujetos de un determinado orden jurídico, es decir, los que originan un deber general de respeto. Generan deberes predominantemente negativos, es decir, obligaciones de abstenerse de los comportamientos que lesionen o perturben su pacífico disfrute. Pueden ser.

- Personalísimos. Conciernen a la persona en sí misma (Vida, nombre, honor, etc.).

- Reales. Recaen sobre objetos del mundo exterior al sujeto. Pueden ser lesionados por cualquier sujeto y gozan de una protección que tutela su ejercicio de forma universal.

- Dchos. relativos. Los que atribuyen un poder o facultad que sólo puede ser ejercido frente al sujeto/s que asumieron el compromiso de realizar una determinada conducta. Pueden dar lugar a deberes negativos o a obligaciones positivas.

La convivencia ordenada exige que la realización del propio dcho. se haga siempre dentro de ciertos límites de corrección y buena fe. En caso contrario, se cae en abuso del propio dcho.

El artº. 7.2 del Cód. Civil establece que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un dcho., con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o admntvas. que impidan la persistencia en el abuso.

- Atendiendo al carácter de las facultades o posibilidades de acción que atribuyen:
- Dchos. de libertad. Aquellos cuyos contenido central está constituido por la posibilidad de actuar libremente en alguno de los múltiples ámbitos de la vida humana. Afectan de manera directa e inmediata a la conducta de los propios titulares, si bien comportan también un deber universal de no realizar ningún tipo de actividad que impida o dificulte gravemente su disfrute.
- Dchos. de pretensión. Se caracterizan por hacer referencia directa e inmediata a la conducta de sujetos distintos del titular, de tal forma que el contenido de los mismos se resuelve finalmente en la posibilidad de exigir de otro que realice algún comportamiento o prestación de carácter positivo.
- Dchos. de modificación. Aquellos que atribuyen la facultad de adoptar decisiones relativas a la existencia de las situaciones, las relaciones, los dchos. o los deberes jurídicos, ya sea para provocar su nacimiento, su configuración o para extinguirlos. Este tipo de dchos. aparecen más bien como facultades accesorias de algunos otros dchos., especialmente de los dchos. de libertad.
- Por razón del carácter del sujeto frente al que se tiene el interés o el poder jurídicamente protegido:
- Dchos. públicos. Los que atribuyen facultades que corresponden a los sujetos en sus relaciones con el Estado.
- Dchos. privados. Los que cuyo contenido de facultades o posibilidades de acción tiene como correlato inmediato el comportamiento de sujetos particulares.
- Por el objeto o término referencial del poder que atribuyen:
- Dchos. reales. Cuando las facultades que atribuyen al sujeto afectan a la disponibilidad de las cosas.
- Dchos. obligacionales. Cuando afectan a la disponibilidad sobre las conductas de otras personas.
- Por razón de la raíz o fundamento que sostiene su existencia y su importancia dentro del respectivo ord. jurídico:
- Dchos. fundamentales. Los que corresponden al hombre o exigencias de su propia naturaleza racional.
- Dchos. ordinarios. Los que deben su existencia al reconocimiento de los ord. jurídicos positivos.

Tema 15.- EL DEBER JURÍDICO.-

El Dcho. es impensable sien el elemento del deber de cumplimiento de las directivas o mandatos de comportamiento que dirige a los destinatarios. Hay normas que obligan directamente a los órganos estatales y hay normas que obligan por igual a ciudadanos y órganos estatales. La imposición de deberes a los sujetos a los que se dirige es uno de los efectos inmediatos del Dcho. Es inevitable proclamar el carácter necesario de la vinculación entre las reglas de Dcho. y el correspondiente deber jurídico.

• DEBER JURÍDICO Y DEBER MORAL

Puede ordenarse el panorama de las doctrinas sobre el deber jurídico en dos grandes direcciones: la que lo identifica con el deber moral o lo entiende según la modalidad del deber moral y la que lo explica según el sentido radicalmente alejado de cualquier tipo de implicaciones morales.

- **El deber jurídico como deber de conciencia.-**

En la antigüedad, el deber de cumplir las leyes que regían el desarrollo de la vida social se vio como un deber simplemente religioso, es decir, como una obligación que tenían los hombres en relación con el orden establecido por la divinidad. Era un deber de acatamiento pleno y profundo; era un deber en conciencia. Más

tarde, en el proceso de secularización de la ética, siguió entendiéndose que el deber que tenían los hombres frente a la ley natural era un deber de conciencia. Y, con el desarrollo cristiano se generalizó la convicción de que la obligación que tienen los súbditos de cumplir el Dcho. Natural y también las leyes positivas humanas era una obligación interna o en conciencia. En este último supuesto, bajo condición de que las leyes fuesen justas. Así pues, por razón del contenido y del fundamento, se daba una plena conciencia entre los deberes relativos a la ley moral y los relativos a las leyes jurídicas.

Esta misma visión fue asumida por los autores del iusnaturalismo racionalista en los que afectaba al contenido o carácter del deber. En cambio, en lo relativo al fundamento de ese deber, esos autores sustituyeron la imposición de una autoridad exterior por la aceptación personal del sujeto, que parece llevar implícita el contrato al que se atribuye el origen de la sociedad.

Finalmente, con la contraposición entre Moral y Dcho. llevada a cabo por Tomasio y Kant, se abre paso la doctrina de la neutralidad moral del deber jurídico. Según Tomasio, mientras que las reglas de la honestidad (=Moral) obligan en el fuero interno, las reglas de Justicia (=Dcho.) imponen sólo deberes externos y coactivos. Según Kant, el deber moral es un deber interno que sólo puede fundamentarse en la existencia de una ley racional autónoma universalizable, en tanto que los deberes jurídicos son externos, nacen de una ley heterónoma y se realizan con independencia de cuál sea el motivo que mueve al agente.

Según Laun, cualquier regla de conducta, para ser verdadera norma, ha de ser autónoma y las normas heterónomas sólo son, en última instancia, hechos de fuerza. Por tanto, los preceptos del legislador estatal, si no son reconocidos y aceptados por los súbditos como verdaderas normas que han de regir su comportamiento, si no se constituyen para los súbditos en normas autónomas, seguirán siendo simples mandatos heterónomos y, en cuanto tales, pura expresión de una voluntad respaldada por la fuerza del poder. Para que el Dcho. sea verdadera norma de conducta e imponga auténticos deberes a los súbditos es necesario que éstos acepten en conciencia sus reglas, convirtiéndolas así en normas autónomas. De lo contrario, lo que se llama Dcho. positivo no es más que expresión del poder que domina en la sociedad y los deberes jurídicos son simples imposiciones de ese poder sobre la débil voluntad de los ciudadanos.

- El deber jurídico como simple sometimiento a la coacción.–

El deber que las normas jurídicas imponen a los sujetos en virtud de su peculiar obligatoriedad es caracterizado también por una parte de la doctrina como un simple estar sometido a las sanciones previstas por esas normas para el supuesto de que no se realice la conducta que ellas establecen. El dcho. no impone obligaciones propiamente dichas, sino que se limita a colocar a los súbditos ante la posibilidad de sufrir un daño en el supuesto de que no realicen las conductas prescritas.

Según Kelsen, el deber jurídico es algo radicalmente independiente de las motivaciones por las cuales obra el individuo que está sometido al Dcho. Deber moral y deber jurídico son completamente distintos. El primero es autónomo y el segundo es heterónomo. El deber moral, por basarse en una norma autónoma, implica que el sujeto obligado conoce el contenido de la norma, está de acuerdo con él y lo acepta; por eso, queda vinculada su voluntad. El deber jurídico, por surgir de una ley heterónoma, existe independientemente de que el sujeto obligado conozca o acepte las normas, éstas valen y obligan aunque el destinatario no las acepte. Y ese deber no consiste en una vinculación psicológica del sujeto, sino en un efecto de la norma jurídica. Se dice que alguien tiene un deber jurídico cuando una conducta suya está prevista como condición para la aplicación de una sanción por los órganos del Estado.

Pero esta explicación no responde propiamente a la pregunta acerca de qué es el deber jurídico, sino a la cuestión de cuándo existe ese deber, e impide explicar ese deber como algo distinto de las propias normas jurídicas, se termina confundiendo a éstas con lo que, en ppio., sería unos de sus efectos.

Por tanto, no se puede evitar la configuración del deber jurídico según un modelo o esquema similar al del

deber moral, es decir, como vínculo que liga la voluntad de los destinatarios en virtud de la exigencia contenida en los mandatos que expresan y transmiten las normas jurídicas.

- LOS RASGOS PECULIARES DEL DEBER JURÍDICO
- Caracteres del deber jurídico.–

Uno de los primeros rasgos es su pertenencia al campo general del deber ético, es decir, al mundo de los deberes que surgen de las normas éticas y su consiguiente extrañamiento del ámbito de las necesidades naturales o del círculo de las necesidades técnicas. El deber jurídico consistirá en una especie de necesidad racional de realizar la conducta establecida imperativamente por la correspondiente norma jurídica. Hay, por tanto, una inevitable implicación psicológica de la voluntad del sujeto obligado.

El Dcho. no es sólo una normatividad ética que se dirige a los destinatarios en cuanto que son seres racionales y libres; es también una normatividad social general comprometida con la protección de la vida colectiva y con la realización de los intereses comunes. Y ha de conseguir un nivel mínimo de cumplimiento generalizado de las normas, aunque para ellos tenga que prescindir de la voluntad de cada uno de los destinatarios o recurrir a la imposición mediante la fuerza. De ahí se deduce que el deber jurídico es objetivo, está orientado a la protección de intereses de la colectiva, debiendo ir acompañado siempre de la posibilidad de que su cumplimiento sea exigido en forma coactiva.

Por otra parte, el deber jurídico se dirige a un sujeto que no es el individuo humano identificable por su personalidad psicológica, sino la personalidad jurídica. El deber jurídico recae sobre cada individuo en cuanto sujeto jurídico, en cuanto ser impersonal, no en cuanto hombre.

Consecuentemente, ese deber no puede subordinarse, en ppio., ni a la intencionalidad ni a las peculiaridades individuales de cada sujeto, como ocurre en los deberes impuestos por las normas morales, sino que tiene que configurarse como una obligación genérica y abstracta que se satisface con un cumplimiento meramente exterior y objetivo. El deber jurídico se satisface lo mismo cuando el sujeto lo cumple convencido de que eso es lo adecuado y justo que cuando lo cumple a pesar de que está en desacuerdo con la norma que lo impone.

- El fundamento del deber.–

El problema de la fundamentación del deber jurídico está supeditado sin duda al de la validez de la norma que lo impone. Habrán tantas soluciones a la pregunta por el fundamento del deber jurídico como doctrinas acerca de la naturaleza o consistencia del Dcho. Así, el fundamento del deber que imponen las normas jurídicas está, ya en la realización por éstas de ciertas exigencias, ppios. o valores objetivos, ya en su aceptación y reconocimiento por los destinatarios, ya en su imposición por un poder legítimo o ya en su elaboración mediante el adecuado procedimiento correcto. Puede encontrarse también en la propia existencia del Dcho. en cuanto reglamentación necesaria de la vida social (los hombres, en cuanto miembros del grupo, tienen el deber ético de cumplir las normas jurídicas).

El deber jurídico es, pues, un deber que recibe su vigor o fuerza vinculante de la conciencia ética del hombre en cuanto ciudadano, es decir, de la conciencia que tiene el individuo de su inevitable pertenencia al grupo.

Pero, por otra parte, el fundamento inmediato de todo deber jurídico y su agente configurador es la regla de Dcho. que lo impone. Sólo existe un deber jurídico concreto cuando hay norma jurídica que lo establece e impone. Ello permite concluir que el contenido y el alcance de ese deber serán siempre los que hayan prefijado en cada caso las correspondientes normas reguladoras. Por tanto, para saber a qué obliga exactamente un determinado deber jurídico, será imprescindible recurrir al examen de todas y cada una de las normas que inciden en su regulación. Y ese examen será asimismo necesario para determinar cuáles son los sujetos obligados. Hay otras muchas normas que sólo obligan a algunos sujetos en algunos casos determinados. La norma que establece el deber es, pues, siempre la referencia inmediata que permite conocer

en forma fiable a qué, a quiénes, en qué circunstancias y de qué modo obliga ese deber; la norma es la medida definitiva del deber jurídico.

- DEBER JURÍDICO, INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO Y SANCIÓN

El Dcho., por ser ordenación o reglamentación del comportamiento social, preceptúa las conductas que favorecen el logro de las metas sociales, prohíbe aquellas otras que lo ponen en peligro y permite las que no le afectan de forma decisiva. Pero en todos los casos sigue el mismo camino: la imposición de deberes. La realización o cumplimiento de estos deberes es, pues, la condición de la eficacia del Dcho. y, consecuentemente, del mantenimiento del orden y paz sociales y de la conservación de la propia sociedad.

- El incumplimiento del deber jurídico.–

Es infrecuente que un número elevado de sujetos deje de cumplir algunos o muchos de sus deberes jurídicos en múltiples ocasiones. El Dcho. incorpora a su estructura diversos mecanismos tendentes a evitar el incumplimiento. Entre ellos está la previsión de sanciones.

Se da incumplimiento de los deberes que impone que el Dcho. cuando el sujeto obligado se comporta de un modo contrario o extraño al preestablecido por la norma que le obliga. En todo caso, la conducta del sujeto se desvía del deber impuesto por la norma/s que regulan la posición o situación en que él está colocado en ese momento dentro del ordenamiento.

El efecto primario de las normas jurídicas es la imposición de deberes, la atribución de dchos. y la consecución del orden social. La sanción es un efecto derivado, secundario y no deseado, está subordinada al supuesto de incumplimiento del deber jurídico, es decir, de que no se produzca la consecuencia jurídica primaria. Las sanciones tienen la finalidad primordial de fomentar la eficacia del Dcho., disuadiendo del incumplimiento. Pero, cuando el incumplimiento es ya irreversible, asumen una misión retributiva y ejemplarizante. Así pues, el incumplimiento del deber establecido en la norma o la comisión de una conducta antijurídica o jurídicamente ilícita es el presupuesto o condición necesaria de la sanción jurídica.

Sin embargo, para la teoría de Kelsen, la relación entre incumplimiento o acción ilícita y sanción se invierte y es la sanción la que actúa como presupuesto o condición del acto jurídicamente ilícito, puesto que éstos lo son sólo por estar sancionados, por estar previstos en las normas como condición para que se aplique la sanción. Este acto ilícito no puede ser calificado en ningún caso como antijurídico, puesto que es precisamente él el que hace posible que el Dcho. funcione como tal, es decir, que aplique sanciones. Las conductas ilícitas no son nunca actos contrarios al Dcho.; son conductas por el Dcho. como condición del deber de imponer sanciones y, por tanto, son un elemento integrante indefectible del Dcho.

- La sanción jurídica.–

La previsión y la imposición de sanciones son elementos que forman parte de la estructura funcional del Dcho. Éste no es un rasgo exclusivo de la normatividad jurídica. También los otros códigos normativos (moral, usos sociales, normas religiosas, reglas de juego...) están respaldados por sanciones.

Las sanciones jurídicas se distinguen de todas las demás por su especial rigor y grado de formalización: están socialmente organizadas, cuentan con la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza y disponen de órganos específicos de imposición. El elemento de la coactividad es el rasgo más diferenciador de la sanción jurídica.

Otro de los rasgos es el estar previstas y reglamentadas en las propias normas jurídicas para el supuesto de incumplimiento.

Asimismo, es importante en la sanción jurídica su notable diversidad. No puede identificarse la sanción con el

castigo o pena, tal como se hace con frecuencia de forma irreflexiva. Las penas jurídicas son ciertamente sanciones, pero la mayor parte de las sanciones jurídicas no son precisamente penas en sentido estricto. La sanción jurídica es un término que equivale a la consecuencia negativa o desfavorable que tiene para el sujeto la realización de una conducta jurídicamente ilícita. En ella quedan incluidos la nulidad de los actos, la caducidad de los dchos., el deterioro de la obligación incumplida, la indemnización por daños y perjuicios, etc.

PARTE PRIMERA: DERECHO Y SOCIEDAD

Tema 2.- EL DERECHO EN LA ORGANIZACIÓN SOCIAL.-

• LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA VIDA HUMANA

Existe una radical correspondencia entre dos circunstancias: ser-hombre y vivir-en-sociedad. Los individuos humanos son hombres (es decir, sujetos que poseen la capacidad de comunicarse racionalmente) por cuanto son seres sociales y son sujetos constitutivamente sociales en tanto en cuanto son hombres. La sociedad es el ambiente o medio natural de la existencia humana. La vida social es una realidad que presenta una doble significación. Por una parte es algo natural e inevitable y por otra es un fenómeno puramente artificial, en cuanto que es una creación consciente, querida y planificada por el hombre. Y, con esta ambivalencia, parece responder a la duplicidad de la estructura tendencial hombre: de un lado, la tensión independentista o egoísta y, de otro, la tendencia asociativa. Pero ni está predispuesto exclusivamente a un aislamiento egocéntrico, ni está únicamente lanzado hacia la asociación. La conclusión de que la vida humana lo es en la medida en que se realiza como comunicación y convivencia llega a hacerse irrecusable si se realiza un análisis profundo de su estructura dinámica. La vida de cada hombre se desarrolla y se consolida en la acción, consiste en una serie continua de actuaciones o actualizaciones. Al actuar o actualizarse, el hombre tienen que salir necesariamente de los límites existenciales que acotan el espacio de su individualidad, irrumpiendo así en un mundo exterior a su propio yo (en caso contrario, sería Dios). Y en ese mundo exterior coincide y se encuentra con otros varios sujetos que, al vivir y para vivir, han desbordado también los límites de su individualidad. Y puede afirmarse que la vida del hombre es verdaderamente humana en la medida en que se realiza como convivencia, como constante interacción o intercomunicación.

Todos los individuos humanos tenemos la necesidad vital de la sociedad (alimentación, salud, vestido...). Dependemos de alguna forma de otros individuos que pueden contribuir con sus aportaciones a la solución de nuestras necesidades. Y, a su vez, estos individuos están también en dependencia frente a nosotros mismos y frente a otros para poder cubrir sus propias necesidades de naturaleza biológica o cultural. Cada individuo vive, actúa y se realiza dentro de los sistemas de relaciones que constituyen la estructura básica de la sociedad. Y, por eso, la vida humana está profundamente vinculada a los factores que determinan la estructura y el funcionamiento de la propia sociedad: unidad de acción entre todos los miembros del grupo; cooperación básica y una común participación en todos aquellos elementos fundamentales que constituyen la plataforma sobre la que se sustenta la propia vida social.

Esta cooperación constante es la que hace que en todos los grupos sociales estables se dé, al menos, en su grado mínimo, la integración que les es imprescindible para mantenerse. La vida social exige que los diversos individuos acepten y desarrollen conjuntamente unas formas de pensar, valorar y actuar frente a las necesidades que sean básicamente coincidentes. Y, cuando no se logra, o cuando, una vez conseguida, llega a desaparecer, entonces la convivencia social estalla y se fragmenta. La sociedad proporciona al individuo modos de vida que ofrecen una enorme garantía y unas ilimitadas ventajas por ser el patrimonio y la base de comunicación del grupo. Y el individuo se refugia casi siempre en la comodidad de las soluciones colectivizadas que le ofrece la sociedad. Ahora bien, la dimensión de colectividad no puede ahogar la dimensión de libertad individual, ya que el individuo no puede renunciar nunca, ni a su peculiar personalidad, ni a la responsabilidad que le incumbe como sujeto moral autónomo.

Ese ensamblaje y coordinación sólo puede conseguirse a través de una ordenación explícita que delimite los diversos ámbitos de actividad de cada individuo. La presencia de reglas de conducta resulta de todo punto imprescindible para la pervivencia de la sociedad. De este modo, se elimina, en la mayoría de los casos, el riesgo de que la incertidumbre y la inseguridad derivadas de una actuación arbitraria e incontrolada de los diversos sujetos desemboque en el caos de la vida colectiva y la consiguiente desintegración del grupo.

Unidad de acción, cooperación y común participación en los elementos sociales básicos, integración o coordinación, tanto estructural como funcional, y ordenación formal son factores imprescindibles para el correcto funcionamiento de la vida social. Y son también, en consecuencia, elementos que determinan el marco de posibilidades en que se va a desarrollar la vida de los individuos.

- CONTROL SOCIAL Y NORMAS
- El control social. –

Toda vida social implica una cierta uniformidad básica de los comportamientos de todos los individuos puesto que, sin la previsión de que el comportamiento de los demás componentes del grupo permanecerá constante dentro de unos límites razonables de tiempo, no podrá formularse ningún proyecto serio de actuación conjunta. Esta previsibilidad se asegura a través de la exigencia de conformidad de los individuos. A través de un proceso dinámico que se designa con el nombre de socialización, proceso que consiste en una compleja acción educativa a través de la cual los miembros del grupo se hacen aptos para desempeñar las tareas correspondientes a los distintos papeles o roles sociales.

No siempre se logra una aceptación y asimilación espontánea. Con frecuencia, el comportamiento de los individuos se desvía de las directrices establecidas por el grupo. Pues bien, el cjto. de mecanismos y técnicas dirigidos a presionar sobre los individuos para obtener de ellos la conformidad de su comportamiento con las directrices de conducta establecidas por el grupo es lo que se llama control social. El ejercicio del control social se ajusta a un esquema de actuación consistente en vincular al comportamiento de los individuos una determinada consecuencia favorable o desfavorable para ellos.

El control social es una manifestación del proceso de socialización puesto que implica una presión colectiva para que cada miembro de la sociedad asimile y actualice las directrices que configuran los papeles, las relaciones y las instituciones sociales. Y tiende siempre al sometimiento de los individuos a los ppios. de actuación que la propia sociedad establece en cada momento. Todo sujeto social normal ha desarrollado el sentido de lo bueno y de lo malo, sentido cuya fuente última está en la conciencia humana. Este sentimiento es, según parece, la explicación más importante de por qué las personas se someten habitualmente de forma consciente y voluntaria al control social.

El control social se da en todos los niveles de la estructura social y actúa sobre los diferentes tipos de relaciones sociales. Existen distintas clases de control social y diferentes instrumentos a través de los cuales se desarrolla el mismo. Los principales tipos de control social son: negativos-positivos, formales-informales, institucionales de grupo. Los medios son: la fuerza o violencia física o psíquica, la educación, las tradiciones, la propaganda, las normas o el establecimiento y aplicación de criterios de distribución de los beneficios y cargas sociales.

El nivel de conformidad y las formas de control varían profundamente de unas sociedades a otras. Así resulta inevitable que en las sociedades complejas los controles sean expresos y formales, en los grupos primarios y en las sociedades simples los controles informales e implícitos suelen ser suficientes.

- Las normas. –

Uno de los medios de control social que ha tenido un mayor protagonismo en la historia de los procesos de organización de los diferentes grupos han sido las normas, es decir, el cjto. de ppios. o directrices de actuación

que rigen el desarrollo de la vida colectiva, que incluyen tanto los simples ppios. orientadores contenidos en los modos tradicionales y generalizados de conducta (pautas de comportamiento) como las directrices establecidas de una manera explícita y formal (normas de conducta). Se considera pauta de comportamiento a cualquier uniformidad de acción o de pensamiento que está presente de forma regular en la vida conjunta de una pluralidad de personas y que es asumida por esas personas como ppio. regulador de su actividad. Y normas de conducta suele aplicarse sólo a los ppios., leyes o reglas que ha sido creados mediante una decisión racional consciente y que son establecidos e impuestos con unas ciertas formalidades y de una manera explícita, teniendo, en consecuencia, un carácter intensamente reflexivo. Pero estos dos tipos de normas sociales, aunque coinciden en su sentido directivo o regulador, difieren en su grado de formalización, las pautas de conducta son sólo directrices implícitas, las normas están mucho más formalizadas y definidas, son explícitas y más fácilmente identificables y vienen respaldadas siempre por un sistema de sanciones fuertes. Ellas son las que constituyen el núcleo duro de la normatividad social.

Existen tipos normativos distintos. Todos los grandes sectores de actividad humana y casi todas las organizaciones sociales específicas poseen sus propios códigos de normas. Se ha llegado, pues, a una multiplicidad de los códigos de normas. Entre los variados códigos de normas destacan como especialmente importantes: el código moral, el código legal o jurídico y el código de los usos sociales.

Las normas sociales de conducta no pueden ser consideradas como un mero producto artificial, secundario y de lujo de la vida social. Son una consecuencia natural y un instrumento imprescindible para la consolidación y desarrollo de esa vida.

Las normas de conducta son las que tienen atribuida en forma prioritaria la función de desarrollar un control explícito del comportamiento social en orden a impedir cualquier posible desviación de los individuos que ponga en riesgo la estabilidad y permanencia de la propia sociedad.

• LA VINCULACIÓN ENTRE LA VIDA SOCIAL Y EL DERECHO

Dentro de las normas de conducta hay un tipo de reglas cuya compenetración con las necesidades y exigencias de la vida social, no sólo es profunda y permanente, sino que es también decisiva para la configuración de ambos: El Derecho.

El lenguaje ordinario vincula el significado del término Derecho a la vida social. Hay una conciencia generalizada de que el Dcho. es una realidad que atañe de forma inmediata a las relaciones que los hombres establecen entre sí dentro del marco de la vida colectiva.

Esa vinculación se realiza en sentido doble y recíproco: el que lleva del Dcho. a la vida social y el que lo conduce de la vida social al Dcho. puede comprobarse que allí donde existen relaciones sociales, allí donde se desarrolle un mínimo de vida social, allí está presente el Dcho.: Donde hay sociedad hay Dcho.; donde hay Dcho., hay sociedad.

Ese Dcho. estará siempre vinculado y supeditado, tanto en orientación y desarrollo como en su mismo modo de ser y actuar, a las exigencias de la vida comunitaria. Su destino natural le lleva a subordinarse al objetivo de contribuir al correcto funcionamiento de todas las relaciones y procesos en que se plasma esa vida. Esta subordinación hace que dependan, no sólo de los factores directamente jurídicos, sino también de todos aquellos elementos o ppios. sociales que vienen a condicionarle desde el exterior, determinando el contenido y la orientación de la regulación jurídica.

El sistema social incide sobre el Dcho. determinando profundamente la orientación y el alcance de la regulación que éste impone al desarrollo de las relaciones sociales que regula. Éstas presentan siempre un proyecto de reglamentación que viene determinado por la presión de los intereses o de las ideas predominantes de la sociedad en ese campo. La orientación que los diferentes núcleos o sectores de normas

jurídicas incorporan es siempre un resultado contingente (y variable) de la convergencia y armonización de las exigencias que proyectan los ppios. jurídicos generales con las convicciones o intereses sociales que están presentes en las relaciones que son objeto de regulación.

Así, lo que el Dcho. de cada pueblo es en cada momento viene determinado por el modo de ser de la sociedad en la que actúa. Y, paralelamente, el perfil de la estructura básica de cualquier sociedad es en buena medida el resultado de la acción conformadora de su Dcho. Ni la sociedad podría existir sin el Dcho. ni éste podría ser entendido fuera del contexto de la vida social.

Tema 3.- DERECHO, RELIGIÓN Y ECONOMÍA.-

• EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y RELIGIÓN

Dentro de una perspectiva filosófica Dcho. y Religión aparecen como dos caminos dispares que canalizan la realización existencial del hombre. La religión es la forma en que predominan los aspectos de individualidad y trascendencia. El Dcho. es, en cambio, la forma en que priman las implicaciones de colectividad e inmanencia social.

Dentro de una perspectiva histórico-sociológica aparecen como formas históricas de orientación de la vida humana, como factores directivos de la conducta. El contenido y la orientación de la regulación jurídica han sido determinados en múltiples ocasiones por las creencias religiosas. Y, por otra, las Religiones han sufrido casi siempre un progresivo proceso de juridificación de su sistema de verdades y creencias. Así la pregunta más importante es la de si el Dcho. es una realidad naturalmente vinculada a la Religión y mediatizada por ella o si es más bien un tipo de regulación cuyo sentido comienza y acaba en el ámbito estricto de la vida social. También preocupa saber cómo y en qué medida el Dcho. ha llegado a ser influido y determinado por la religión.

Existen tres grandes estadios en la evolución de las relaciones entre el Dcho. y la Religión: la fase de simple confusión o indistinción, la fase de la separación teórica y la fase de la independencia efectiva.

• La fase de la fusión o indistinción.-

Hay una larga etapa histórica (primitiva) caracterizada por una amplia indistinción o confusión de los diversos tipos de directrices incluidos en la normatividad que dirigía la vida de los individuos dentro de los grupos humanos. Los sistemas de ppios. o normas de conducta identificados posteriormente como Derecho o como Religión estaban diluidos dentro del bloque indiferenciado de la normatividad social. La Religión envolvía totalmente la vida de los individuos y de los grupos. Todas las manifestaciones de la vida social estaban dominadas por la dimensión religiosa. Los diferentes medios o mecanismos de control social quedaban mediatizados por las exigencias de la instancia religiosa.

Las costumbres de los pueblos culturalmente primitivos constituyen una manifestación típica de esta fase. Tienen el carácter de auténticas leyes formales que vinculan a los individuos con la autoridad que le proporciona su procedencia de los antepasados y de los dioses. De ahí que, tanto el sometimiento a la costumbre como su transgresión y el consiguiente enjuiciamiento social, tenga una dimensión estrictamente religiosa y se canalicen a través de procedimientos y fórmulas y rituales mágicas.

• La fase de la separación teórica.-

El avance de la tendencia secularizadora en la vida social impuso una visión de mundo en la que la normatividad jurídica y la vida religiosa aparecían como dos ámbitos o círculos vitales diferentes.

El proceso fue lento y se prolongó durante los últimos siglos que precedieron a la aparición del Cristianismo.

Siglos, en que se produjo el nacimiento del dcho. en cuanto normatividad social típica. El Cristianismo ha jugado un papel importante en la aventura de la escisión teórica entre lo jurídico y lo religioso. incluye un mensaje de separación entre el reino de Dios y el reino del César.

Sin embargo, la distinción teórica no condujo hasta la separación práctica. No sólo no se llegó a consumir la escisión efectiva entre ambos, sino que se produjo más bien una creciente aproximación entre las realidades y los valores del mundo de las relaciones jurídicas y los ppios. y exigencias del reino de Dios. El Dcho. fue entendido y explicado como parte de la legalidad general que dirigía los pasos de los hombres hacia la meta de su santificación y salvación ultraterrena, según los designios de la Divinidad.

- La fase de la independencia efectiva.–

La Edad Moderna abrió paso a la definitiva separación de Religión y Dcho. debido a la generalización de unos nuevos esquemas culturales y la ruptura de la unidad religiosa e influencia del espíritu de la Reforma.

La fractura de la unidad religiosa europea y el pluralismo de creencias fue conduciendo en forma progresiva a la neutralidad ética del Dcho., a su desvinculación de la Moral religiosa, comenzando a ser visto cada vez más como un fenómeno puro y estrictamente humano y sustraído al control de la divinidad.

El dcho. es una construcción de la razón o de la voluntad del hombre, un producto natural o espontáneo de la vida social.

- Panorama actual.–

Hoy se piensa, generalmente, que el Derecho es una realidad independiente de cualquier tipo de condicionamiento o mediatización de origen religioso, enmarcado dentro del ámbito de las relaciones humanas naturales.

Sin embargo, subsisten aún amplios sectores del pensamiento jurídico y filosófico–jurídico que siguen afirmando la fundamentación divina de todo orden jurídico y la consiguiente subordinación del Dcho. positivo a las exigencias de la creencia religiosa. Culturas teocéntricas, según la cual todas las realidades están orientadas a la realización del reino de Dios en el mundo.

Por otra parte, la Religión sigue ejerciendo presión a través de las organizaciones religiosas, sobre la configuración del Dcho. la religión sigue actuando como un poderoso ppio. de presión social, llegando incluso a convertirse a menudo en uno de esos poderes fácticos que son los que deciden en última instancia los derroteros de la organización política y jurídica de los Estados.

En las relaciones entre el Dcho. y la Religión nos encontramos que, por un lado, por la fragmentación moral y religiosa que existe en los Estados y en el Dcho., éstos deben ser totalmente neutros desde el punto de vista religioso. Por otro lado, se asuma la convicción de que las organizaciones religiosas están perfectamente legitimadas para presionar en los resortes del poder a fin de conseguir una configuración del orden jurídico adecuada a su concepción de la vida humana y de la sociedad.

- RELACIONES ENTRE DERECHO Y ECONOMÍA

En el s.XIX se toma conciencia de la gran importancia que correspondía a la economía en el conjunto de los factores condicionantes del orden social general. La economía se constituyó también en objeto de una peculiar investigación científica que dio paso al nacimiento de la ciencia económica y comenzó a extenderse la convicción de que la economía es un sector de la actividad humana regido por leyes propias independientes y capaz de influir decisivamente en la evolución de los otros campos de la actividad social, generalizándose el planteamiento de las cuestiones relativas a la dependencia o independencia de la economía respecto de la

Moral y el Dcho.

- El estado de la cuestión.–

Tanto el Dcho. como la economía pueden ser contemplados desde, al menos, tres puntos de vista dispares: el filósofo (orientado a la captación del sentido y de las implicaciones de la existencia humana en su totalidad integral), el científico (centrado en la consideración de los sistemas de conocimientos correspondientes a la Economía y al Dcho.) y el fenomenológico (volcado hacia las manifestaciones de la experiencia jurídica y de la experiencia económica, es decir, hacia los aspectos que el Dcho. y la Economía ofrecen en cuanto elementos dinámicos e históricos de la vida social. Nos centraremos en el examen de las relaciones que se dan entre el Dcho. y la Economía en cuanto que ambos son elementos integrantes de un orden social determinado.

Ahora bien, hay que tener en cuenta planteamientos y explicaciones muy dispares. Así, tras la interpretación tradicional que no diferenciaba la actividad económica del resto de los comportamientos humanos sometidos a la regulación ética, floreció el liberalismo (independencia natural frente a la Moral y el Dcho.). surgió también frente al liberalismo el materialismo histórico (dependencia de la Moral y el Dcho. respecto de las relaciones económicas). De este modo hay dos grandes posiciones antagónicas en la actualidad: la que hace del Dcho. un producto derivado de la Economía y la que conceptúa a ésta como una actividad primaria que está sometida a la regulación jurídica y configurada por ella.

- Visión del Dcho. como función de las relaciones económicas.–

Según la doctrina liberal, la única posibilidad para alcanzar el pleno bienestar y la felicidad general de los miembros de la sociedad es dejar que las relaciones económicas se desarrollen de tal modo que se garantice al máximo el libre juego de la iniciativa individual. El Dcho. y el Estado deben asegurar el correcto funcionamiento de la economía libre.

Ahora bien, las transformaciones producidas por la revolución industrial, el reparto de funciones entre la acción estatal, la regulación jurídica y la actividad económica, propiciadas por la ideología burguesa, hicieron inevitable la insatisfactoria aplicación de ese modelo de organización social, así como la búsqueda de una nueva interpretación.

Empresa afrontada por Marx (considera que Dcho. y Economía son dependientes), cuya doctrina puede resumirse en cuatro tesis:

- Primera tesis. En la vida social hay una realidad básica y otras derivadas. La básica está integrada por la estructura de los procesos de producción de bienes materiales en que consisten las relaciones económicas. Y, sobre esa base real primaria, se eleva la superestructura de las formas de la conciencia social, entre las cuales se encuentran las instituciones políticas, religiosas, morales y jurídicas.

En la estructura de producción, los hombres contraen relaciones necesarias y determinadas que son independientes de su voluntad. La totalidad de esas relaciones forma la trama económica de la sociedad sobre la que se desarrolla una superestructura jurídica y política a la que corresponden unas determinadas formas de conciencia en los diversos órdenes de la filosofía, la ciencia, el arte, etc.

- Segunda tesis. Son las fuerzas materiales de producción las que generan unas determinadas relaciones sociales y, mediante éstas, los procesos sociales, políticos, jurídicos y culturales correspondientes. Así pues, cada nueva estructura de los medios de producción origina una nueva forma de organización social, promoviendo una clase social propietaria de tales medios y sometiendo las demás clases a ésta. A su vez, cada forma de organización social desarrolla la moral, el dcho., la filosofía, la cultura y los idearios políticos que respondan a las necesidades de la estructura económica que le sirve de base.

La evolución del Dcho. viene predeterminada siempre por la propia evolución de la estructura económica. Toda forma de producción genera, por tanto, un sistema específico de relaciones jurídicas, reflejo de las relaciones económicas.

- Tercera tesis. El Dcho. mantiene de forma constante la que es su verdadera función básica: el mantenimiento del dominio de unas clases sobre otras. El Dcho. es en sí mismo la ley de la voluntad de la clase dominante, el instrumento que ordena y estabiliza las relaciones de dominio. Actúa siempre como mecanismo perpetuador del poder y explotación de las clases opresoras.
- Cuarta tesis. El Dcho., igual que el Estado, en cuanto que es instrumento de dominio de unas clases sobre otras, está llamado a desaparecer en el mismo momento en que desaparezca la necesidad de asegurar y perpetuar ese dominio. Y esa necesidad desaparecerá cuando el proletariado, constituyéndose en clase dominante, destruya violentamente las antiguas relaciones de producción y elimine al mismo tiempo la lucha de clases y el dominio de una clase por otra.

Ese momento no puede producirse de forma inmediata. Habrá una primera fase en que la sociedad comunista no estará totalmente realizada. En esa etapa de transición, no se podrá prescindir del Dcho. y del Estado, ya que serán necesarios para implantar las condiciones de posibilidad de su propia desaparición. Cuando llegue a realizarse plenamente la sociedad comunista, entonces aparecerá el Dcho. y desaparecerá también el Estado, porque ya no será necesario imponer coactivamente una medida igual sobre las desigualdades reales. Desaparecerán el antagonismo de intereses y la lucha de clases y la sociedad se regirá espontáneamente por el ppio. de que cada uno, según su capacidad; a cada uno, según sus necesidades.

- Visión del Dcho. como forma de las relaciones económicas. –

En reacción directa frente a la doctrina marxiana del materialismo histórico, Stammler estableció la tesis de que Dcho. y Economía guardan entre sí una relación idéntica a la que media entre la forma de la ordenación y la materia o contenido de esa ordenación. Según este autor no es posible concebir ningún tipo de circunstancia de producción social fuera de una determinada regulación jurídica. La Economía social (la cooperación humana para la satisfacción de las necesidades de cuantos conviven) constituye la materia o contenido de la regulación en que consiste el Dcho., éste la actualiza. Dcho. y Economía son los dos elementos, necesariamente vinculados, de ese único y mismo objeto que es la vida social.

El Dcho. no es algo con existencia propia. No hay un solo precepto jurídico que no entrañe como contenido una concreta regulación de la cooperación social humana. Y todas las normas jurídicas agrupadas para formar la unidad de un orden jurídico constituyen la regulación conjunta de una Economía social.

La Economía social no puede ser pensada tampoco como una realidad dotada de existencia propia que se ofrece al Dcho. para ser regulada por él. Sólo puede darse a través de la regulación que la ordena y determina.

Así, pues, ni el orden jurídico precede en el tiempo a la Economía social, ni ésta precede a aquél. Lo que se da realmente en todo caso es una cooperación social regulada de un determinado modo. Las relaciones entre Economía y Dcho. son las de elementos que, como forma y materia, constituyen la vida colectiva, que es el único objeto peculiar de la investigación social.

- La visión del Derecho y la Economía como agentes sociales interdependientes. –

La influencia del factor económico en la determinación de los otros elementos constitutivos del orden social y, concretamente, del Dcho. ha sido siempre muy fuerte, como señalara Marx. Pero ni ha sido la única, ni la decisiva en todos los casos. La historia de la ciencia, del arte, del dcho., de la religión, de la fª, de la moral, o de la política... demuestran que ninguna de estas creaciones se ajusta en su desarrollo evolutivo ni a la dirección, ni al ritmo, ni a las vicisitudes que ha seguido la evolución de la economía.

En el campo de la normatividad jurídica existen múltiples sectores en los que influyen otros muchos factores sociales y no sólo el factor de las relaciones de producción, por ej., en gran parte del Dcho. Penal, del Procesal, del Constitucional e, incluso, del de Familia.

Algunas ramas o sectores del Dcho. acusan una especial sensibilidad a la acción condicionante de la estructura económica de la respectiva sociedad. Pero la economía misma es influida y determinada por otros muchos factores tan dispares como la religión, la moral, la ciencia, la técnica, el clima... y, por supuesto, la política y el Dcho. por tanto, los llamados elementos superestructurales, entre los que se coloca al Dcho., no sólo gozan de una autonomía más o menos amplia en sus relaciones con la Economía, sino que proyectan también a menudo su influencia sobre ella.

El Dcho. es más bien un elemento correlativo de la Economía con la que le une una vinculación de influencia mutua circular. El hecho de que la normatividad jurídica sea un instrumento estructuralmente vinculado a la acción de quienes detentan en cada momento el poder social máximo hace a menudo que las instituciones jurídicas aparezcan como un mero instrumento puesto al servicio de los intereses particulares de los sectores privilegiados, sin excluir los intereses más descaradamente económicos. Pero ese no es el destino permanente del Dcho.

El Dcho. mantiene su destino específico, realizándolo incluso a través de esas servidumbres y dependencias. Ese destino propio y peculiar se cifra en la ordenación y reglamentación de las relaciones sociales según la forma considerada en cada caso como más justa. Y, en esa misión, son los sistemas de ppios. jurídico-políticos y las ideas sobre el orden justo de la sociedad los que mantienen su primacía, por encima de la influencia de los otros factores sociales.

En definitiva, el Dcho., aunque experimenta efectivamente la influencia condicionante de la Economía y de otros múltiples factores, es el que sistematiza, junto a los otros códigos normativos, la ordenación de las relaciones sociales en todo su complejo desarrollo. Consecuentemente, las relaciones económicas que, sea cual sea la importancia que se les atribuye, constituyen uno de los sectores o dimensiones de esas relaciones sociales, caen dentro de lo que puede llamarse la materia o contenido de la regulación jurídica. Y, en esa medida, ellas mismas pueden definirse, aunque en un sentido diferente al señalado por Stammler, como materia o contenido del Dcho.

Sin embargo, ha de insistirse en el hecho de que ambas realidades son elementos integrantes de la vida social y que, a pesar de desempeñar funciones específicas distintas, entran en inevitables y continuas interferencias.

TERCERA PARTE

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

TEMA 32.- CONCEPTO, SUJETO Y CARACTERES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-

• CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA

Se entienden por derechos fundamentales aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero de hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana. Son poseídos por todo hombre, cualquiera que sea su edad, condición, raza, sexo o religión, estando, por tanto, más allá y por encima de todo tipo de circunstancia discriminatoria. Los derechos naturales constituyen una dotación jurídica básica idéntica para todos, puesto que todos participan por igual de la naturaleza humana, que es su fundamento ontológico. Con frecuencia se les ha llamado, y se les llama, derechos del hombre, derechos humanos, derechos de la persona humana, designaciones que incurren en redundancia, puesto que sólo el hombre puede ser titular de derechos, sean cuales fueren. Se habla también de derechos naturales, término con el que se alude a su fundamento en la

naturaleza humana; y de derechos fundamentales, queriendo señalar que afectan a las dimensiones más básicas y entrañables del ser humano. Se emplea asimismo el término libertades fundamentales, destacando con ello que tales derechos constituyen un reducto intangible de la persona frente a posibles intromisiones abusivas del poder.

• LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DEFENSA DE LAS LIBERTADES

Los derechos fundamentales, como todos los derechos, no son atributos ornamentales del sujeto, los ostenta para algo, tienen una evidente condición teleológica. Los derechos que no entran en la categoría de fundamentales se ejercen siempre entre particulares y en ocasiones frente al Estado, pero en esos supuestos el Estado aparece despojado de su condición soberana, como si fuera un particular discutiendo con otro un negocio jurídico cuestionado.

Los derechos fundamentales se ejercitan casi siempre frente al estado u otros entes de carácter público, cuando el titular ha estimado que determinada actuación del poder lesiona, cercena o limita aquellos derechos o las libertades a las que los mismos se refieren. Limitaciones indebidas o abusivas, pues hay límites al ejercicio de tales derechos.

El ejercicio de los derechos humanos es un acto de defensa ante intromisiones del poder en la esfera de las libertades del individuo. El poder manifiesta siempre una tendencia expansiva, y de ahí la necesidad de controlarlo, necesidad a la que responde el llamado Estado de derecho, frente al Estado absoluto, y que ostenta como una de sus características el reconocimiento de los derechos fundamentales y la garantía de sus libertades.

Por ello los derechos fundamentales han estado rodeados siempre de un halo polémico y cada momento de su historia se corresponde con un episodio de la lucha de los hombres por la conquista de sus libertades frente al poder. La conquista de situaciones que reconozcan y garanticen los derechos humanos ha sido lenta, porque con la misma lentitud se ha producido el despertar de los hombres a la toma de conciencia de que son portadores de unos derechos por el mero hecho de su condición humana. Por eso, sólo se apela a los derechos fundamentales y se recuerda su existencia cuando son amenazados o francamente lesionados por las normas positivas, los derechos naturales sólo se sienten a la hora del ataque, de la anormalidad, de la perturbación.

Conseguir el reconocimiento de estos derechos, lograr que los estados establezcan constitucionalmente procedimientos de garantía de los mismos, alcanzar incluso la meta de las Declaraciones supranacionales con acatamiento prácticamente universal no ha sido tarea fácil y aún queda camino por recorrer. En no pocos países, el reconocimiento de los derechos naturales no pasa de ser una pomposa declaración constitucional que no se corresponde con la práctica y con violaciones que en ocasiones han afectado a sectores enteros de la Humanidad.

La lentitud del proceso de afirmación de los derechos humanos ha tenido la contrapartida de que cada conquista alcanzada en este terreno resulta irreversible, de suerte que, obtenido el reconocimiento de uno de los derechos, no se vuelve ya a la situación anterior de desconocimiento del mismo. La regresión puede producirse de hecho (por la implantación, por ejemplo, de un sistema totalitario dentro de un Estado), pero, en virtud de una manera de elasticidad de los derechos humanos, tan pronto cese la situación oprimiente tornarán éstos a su vitalidad y a su normal ejercicio. Por ello la historia de los derechos fundamentales ha descrito siempre una línea ascendente.

• EL SUJETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales eran los poseídos por todos los hombres, de suerte que cada individuo es titular de los mismos. En el siglo XVIII se conciben como atribuciones de la persona individualizada: el sujeto de ellos es cada hombre en particular. Esta consideración de los derechos humanos como facultades de los

individuos singulares se conserva durante el s. XIX; todas las Constituciones de la centuria pasada son ejemplos de la atribución exclusiva de los derechos fundamentales a los sujetos singulares.

Hoy no puede sostenerse esta postura, pues tanto las Declaraciones supranacionales como las Constituciones de los Estados ofrecen abundantes ejemplos de derechos fundamentales cuya titularidad se atribuye a entes supraindividuales; las tendencias actuales tienden al doble reconocimiento de los derechos de los individuos y los derechos de los grupos o formaciones sociales, distinguiéndose las siguientes especies: derechos de la persona humana, derechos de las comunidades menores o infraestatales (familia), derechos de los Estados en la esfera interna y derechos de los Estados y de los pueblos en la comunidad internacional.

Aceptada la posibilidad de que los entes colectivos sean titulares de derechos fundamentales, habrá de plantearse el problema de una posible colisión entre éstos y un derecho, igualmente fundamental, de una persona individual. Cuando el ejercicio de un derecho fundamental lesiones o perjudique a otro derecho de igual categoría y de titulación colectiva, ¿habrá de ceder aquél en beneficio de éste?. Parece que, al menos, debe admitirse tal posibilidad; no afirmamos que siempre que se produzca la colisión entre ambos derechos haya de resultar limitado el del particular, pero sí que se contemple.

• CARACTERES DE ESTOS DERECHOS

Los derechos humanos son derechos subjetivos y les son de aplicación las notas que la doctrina suele asignar a éstos. Pero, por su condición de fundamentales, gozan de una especial relevancia que les destaca por encima de los demás y que se manifiesta en una porción de caracteres no compartidos por los otros derechos, sino exclusivos de ellos.

- Los derechos del hombre son imprescriptibles, no se adquieren ni pierden por el simple transcurso del tiempo.
- Son inalienables, no transferibles a otro titular.
- Son irrenunciables, el sujeto no puede renunciar a la titularidad de los derechos naturales. La irrenunciabilidad no implica necesario ejercicio: el titular no puede renunciar a su derecho, pero puede no ejercitarlo.
- Son universales, todos ellos son poseídos por todos los hombres, lo cual quiere decir que entre los individuos se da una estricta igualdad jurídica básica, referida a los derechos naturales, dado que todos los hombres participan de igual modo de la misma naturaleza.
- Carácter absoluto o no de los derechos fundamentales: resultaría contradictorio concebirlos como limitados. Y así los entendió la doctrina del s. XVIII y se configuraron en los textos. La fundamentación iusnaturalista que inspiró aquellos primeros textos abonaba la tesis de que cualquier restricción de los derechos humanos resultaba contra natura; aquel fue el momento en que la Historia empezó a cerrar el período de los poderes absolutos, se iniciaban los regímenes constitucionales, se abría el horizonte de la libertad y se hizo presente el fervor del neófito para enaltecer hasta la sublimidad unos derechos recién adquiridos.

La Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia afirmaba que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos. La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano decía La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que se aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley. Los derechos del hombre, en la medida en que no les alcancen las limitaciones legales, son absolutos en su ejercicio; lo normal es ejercitar tales derechos de forma ilimitada, siendo lo excepcional las limitaciones que las leyes puedan establecer al ejercicio de los mismos.

La doctrina actual niega que los derechos naturales tengan un carácter absoluto y admite que el ejercicio de los mismos debe estar sometido a ciertas limitaciones.

Sin embargo existen posibles excepciones a esta general limitabilidad, lo que equivale a admitir que existen algunos de carácter absoluto. Así R. Cassin sólo un pequeño núcleo debe siempre conservar su carácter absoluto; en este núcleo se incluye la libertad de conciencia y el derecho a una vida digna. Castán afirma que la única excepción a la general limitabilidad de aquellos derechos es la nacida de la exigencia de que, en cualquier situación, dentro de la vida social civilizada, quede a salvo la condición del hombre como persona.

Entendemos nosotros que la limitabilidad se extiende a todos los derechos y que cuando se traen a colación las supuestas excepciones alegadas lo que se pretende subrayar es que, por tratarse de derechos y libertades que radican en la más estricta y profunda intimidad de la persona, la constricción sobre los mismos resulta sencillamente imposible; no es que sean ilimitados sino que, por su índole especial, no existe posibilidad de someter su ejercicio a una limitación eficaz.

• CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde el punto de vista doctrinal, los derechos humanos constituyen una categoría unitaria que requiere un tratamiento unitario, pero ese concepto encierra una pluralidad de manifestaciones que son otras tantas especies susceptibles de clasificarse en diferentes apartados.

Ahora bien, toda clasificación es el resultado de aplicar a la materia clasificable los diferentes criterios o puntos de vista desde los que la misma puede contemplarse, por lo que, según sea el criterio atendido en cada caso, la clasificación que se obtenga será distinta; y siendo múltiples los criterios, igualmente numerosas serán las especificaciones resultantes. Si la catalogación que se hace pretende ser exhaustiva conduce con frecuencia a un repertorio inacabable de divisiones y subdivisiones que acaban por ofrecer muy poca utilidad.

Cuando se plantea la clasificación de los derechos fundamentales, los criterios aplicables son abundantes, por lo que nos limitamos a una enumeración de los más importantes: el carácter individual o colectivo del sujeto, el orden cronológico-histórico con que los derechos han ido apareciendo, el contenido de los mismos, el valor o interés protegido en cada caso, la forma de ejercicio de los derechos, el modo de su positivación, el grado y especie de garantía de que disfruten, el ámbito de su realización, etc. La aplicación de cada uno de estos puntos de vista nos conducirá a clasificaciones diversas.

• LOS DERECHOS HUMANOS Y LA POSICIÓN IUSNATURALISTA

En la filosofía jurídica actual el tema de los derechos humanos tiene una relevancia especial y de primer orden. Pero, a nuestro juicio, la teoría de los derechos fundamentales constituye hoy acaso la expresión más generalizada de la posición iusnaturalista.

En la actualidad, quienes profesan el iusnaturalismo encuentran en tales derechos una adecuada manifestación de su tesis al concebir los mismos como facultades del sujeto asentadas no en la norma positiva sino en un ordenamiento superior, que es lo que les presta su universalidad y su intangibilidad frente al poder; de manera que la invocación de aquéllos con tal fundamento representa una afirmación implícita de un orden suprapositivo.

Tema 4.- DERECHO, PODER Y ESTADO.-

• LOS INTENTOS DE REDUCCIÓN DEL DERECHO A PODER O FUERZA

Poder es la posibilidad o capacidad que tiene cualquier agente de producir un acontecimiento (ej. El poder destructor del fuego, del agua o de la tormenta). Cuando se relaciona el Poder con el Dcho., se está haciendo referencia a un poder de tipo humano, es decir, a la capacidad o facultad que tienen los hombres de producir efectos sobre la realidad que les circunda. La dimensión que se ha de tomar en consideración es la que corresponde a la capacidad que tienen los hombres de influir en las actitudes y conductas de los otros

hombres. El poder que aquí interesa es, por tanto, el poder ejercido en el ámbito de las relaciones sociales, es decir, el poder social.

- Las diversas manifestaciones del poder social.–

Dentro de la estructura social, hay siempre unos sujetos sociales que tienen más poder que los otros, en virtud de una variadísima multiplicidad de factores o motivos concretos. Fuentes de motivación que impulsan a unos sujetos a seguir las directrices dadas por otros, habitualmente se habla de varios poderes sociales: el poder físico, el poder carismático o espiritual de imposición, el poder de autoridad o espiritual de reconocimiento y el poder económico.

El poder social es la capacidad humana de dirigir el comportamiento de otras personas en el campo social sin determinar cuál es el factor del que deriva esa capacidad. Porque los diversos factores actúan en forma convergente, de tal modo que la existencia del poder social es habitualmente resultado de la mezcla o presencia combinada de varios de esos factores. Por otra parte, como ejemplo típico y representativo del poder social ha de tenerse en cuenta el que las sociedades globales detentan y ejercen, a través de sus diferentes órganos, sobre los individuos o los grupos que están integrados en ellas. y ese poder impone y mantiene en el seno de los grupos las diversas manifestaciones históricas de la normatividad social. Por eso, el Dcho., en última instancia, no es más que un simple reflejo o proyección del poder.

- Las relaciones del Derecho con el Poder.–
- LOS INTENTOS DE IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO CON EL PODER.–

La tesis de que quien tiene el Poder es el que decide o debe decidir lo que es Derecho viene siendo proclamada, ya desde antiguo, por todas las llamadas filosofías de la fuerza. Pero hay que distinguir dos actitudes.

Por un lado, está el planteamiento de los autores que parecen limitarse a dar testimonio de lo que realmente ocurre en las relaciones sociales de su época, con actitud de denuncia; intentan dejar constancia del control efectivo que ejercen sobre el Dcho. aquellos sujetos sociales que monopolizan los resortes del poder.

Por otro lado está la tesis de la reducción del Dcho. al Poder. Esta actitud es la que presenta un mayor interés para la discusión de la cuestión que estamos tratando ahora.

El sofista Gorgias sostuvo que es ley natural, no que el débil cohiba al fuerte, sino que éste rija y conduzca a aquél; que el fuerte vaya a la cabeza y que el débil le siga. Calicles, la naturaleza prueba que es justo que el hombre hábil posea más que el que no lo es, y el más fuerte que el débil y que es justo que el más fuerte domine al más débil. Nietzsche proclamó que el Dcho. es siempre fruto de la conquista, que no hay Dcho. sin poder y que el momento de la fuerza es congénito y esencial a todo Dcho. y justicia. Autores más actuales han caracterizado al dcho. como un cjto. de normas que se definen por constituirse en organización y regulación del empleo de la coacción, es decir, de la aplicación de la fuerza física, reduciéndolo, por tanto, finalmente a ésta.

- LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE EL DERECHO Y EL PODER.–

Tendencia que aboga por la irreductibilidad de ambos elementos. Rousseau, la fuerza no es nunca capaz de hacer dcho., pues ¿qué sería de un dcho. que desaparece cuando cesa la fuerza?. Stammler, el Dcho. es una norma, un pensamiento teleológico de tipo imperativo, que pertenece al mundo del deber ser y el Poder es una facultad o energía, material o mental, que pertenece al mundo de los fenómenos reales. Gurvitch, reconocer que el dcho. del más fuerte, afirmar que la fuerza física, psíquica o social puede crear el Dcho., es aniquilar a éste completamente.

Hay dos posturas divergentes: la que opone radicalmente el Dcho. al Poder y la que admite algún tipo de convergencia entre ambos.

La primera sostiene que Dcho. y Poder representan fenómenos que se excluyen mutuamente. En cuanto ppios. de acción social, Dcho. y Poder han de ser enjuiciados según las dos categorías contrarias del bien y del mal: el Dcho. representa el orden social éticamente bueno, el Poder y la fuerza son lo malo en sí. Por eso, al Dcho. se le asigna la misión de controlar el ejercicio del Poder dentro de las relaciones sociales. La progresiva implantación de la normatividad jurídica en la organización de la vida colectiva ha avanzado en un paralelismo sincrónico con el esfuerzo de los grupos humanos por sustituir la utilización del poder y de la fuerza como criterios decisorios de los conflictos de intereses de sus miembros por la aplicación de una regulación objetiva que se imponga por igual a las partes en oposición. En la actualidad se está registrando una progresiva intensificación de la conexión entre el Dcho. y la fuerza física y un progresivo debilitamiento o erosión de la influencia de otros agentes de carácter espiritual, como la religión o la moral.

La segunda afirma que el Dcho. y el Poder no son en absoluto incompatibles, sino que se complementan en la función de ordenar las relaciones sociales. El Dcho, para garantizar plenamente la realización de los comportamientos que establece, necesita estar respaldado por un poder inquebrantable. El Dcho. ha de contar con el apoyo de un poder más fuerte que todos los demás poderes parciales. Y, en esa medida, el Poder de la sociedad es un elemento que está estrechamente vinculado al Dcho. y que desarrolla una acción complementaria a la de éste.

- LA TRANSFORMACIÓN DEL PODER EN DERECHO Y DEL DERECHO EN PODER

Dcho. y Poder son dos realidades que, siendo cualitativamente distintas, se encuentran situadas en una relación de mutua complementariedad.

- La correlación Derecho-Poder. –

El Dcho. no sólo necesita del poder para existir y para ser eficaz, sino que, él mismo es poder que se impone sobre las voluntades que pretenden resistirle, un poder capaz de imponerse a todo trance. Sin embargo, mientras que el Poder es y actúa como una fuerza o energía que se impone a la voluntad sin tener en cuenta la elección de los sujetos, el Dcho. es y actúa ante todo como regla que pretende dirigir la actuación de voluntades libres, mediante la imposición de obligaciones éticas. Cuando la normación jurídica se presenta como simple aplicación del poder y la fuerza, el Dcho. no podrá alcanzar su objetivo: hacer nacer en los miembros de la comunidad jurídica la obligación de obedecer las normas, y, en ese caso, la normación impuesta no sería verdadero Dcho.

El Dcho. sigue siendo un sistema de normas que predeterminan en forma obligatoria las conductas que han de ser consideradas jurídicamente lícitas o ilícitas. Dado que esas normas se presentan siempre con la pretensión de ser cumplidas de forma inexorable, necesitan del respaldo del poder social. Pero ese poder actúa en el Dcho. sólo como garantía de los deberes que éste impone, pudiendo afirmarse, por tanto, que la colaboración entre el Poder y el Dcho. se debe únicamente a la necesidad que el segundo tiene de ser eficaz.

El efectivo encauzamiento de las conductas sociales mediante el apoyo del poder es un resultado que el Dcho. se propone alcanzar, pero queda siempre subordinado a la presencia de unos criterios de valor que sean capaces de justificar el recurso al Poder. Por eso es frecuente que el Dcho. entre en conflicto con el Poder social. Y, en ese sentido, la caracterización más acertada del Dcho. es aquella que lo presenta como un cierto compromiso dinámico e inestable entre el Poder y los intereses del Poder, de una parte, y las exigencias insobornables de los valores, especialmente del valor Justicia, por otra.

El Dcho. no puede ser identificado con el Poder ni se explica a sí mismo como un simple reflejo o sombra del Poder.

- Complementariedad del Derecho y el poder político.–

El poder político se caracteriza por actuar como única instancia a la que corresponde encauzar las conductas del cjo. de los individuos como tal cjo. Es el que determina la conformación básica de la sociedad, asegurando, ordenando y manteniendo la vida total de esa sociedad, estableciendo mecanismos para que las relaciones humanas lleguen a ser una totalidad unitaria, estable y con individualidad propia frente a los otros sistemas de vida social. El Dcho. es el ppio. ordenador objetivo que regulariza las relaciones colectivas y somete el ejercicio del poder al control de una normatividad social general.

El poder político, para cumplir su función, utiliza fundamentalmente mandatos recogidos en normas generales y estables que prescriben cómo deben conducirse los hombres para convivir y determinan lo que es bueno o malo desde el punto de vista del código de criterios o valores vigentes en el respectivo grupo y actúa como ppio. de coordinación de las múltiples voluntades e intereses individuales que existen y logra, al mismo tiempo, en la mayoría de los casos esa legitimación que los hombres le exigen siempre para someterse voluntariamente a él.

La vinculación viene cuando el poder reclama la existencia del Dcho., puesto que éste es precisamente el instrumento de racionalización de los mandatos del poder. Y, a su vez, el Dcho. necesita del poder político y está vinculado a él por ser una decisión valorativa sobre los ppios. de organización del grupo que ha de ser adoptada y mantenida por quien tenga en cada momento el poder dentro del mismo.

Ahora bien, la función básica que el dcho. cumple en la organización de la vida social y los ppios. valorativos a los que se orienta hacen de él una realidad que es siempre parcialmente autónoma y que termina imponiéndose casi siempre a las exigencias inmediatas del ejercicio del poder político.

El poder político se sirve del Dcho. para imponer su orden, pero, al institucionalizar el orden mediante el Dcho., queda él mismo envuelto por el Dcho. que crea. A su vez, el Dcho. es el que deslinda las esferas de poder y se constituye en control reglado del poder del estado, sin embargo, para establecerse, necesita que la organización política estatal le defina y le garantice con su poder.

- RELACIONES HISTÓRICAS ENTRE EL DERECHO Y EL ESTADO
- La realidad del Estado.–

Estado puede ser utilizado en dos sentidos diferentes: uno lato o impropio, donde se identifica con toda unidad social políticamente organizada y ordenada; y uno estricto y propio, donde se identifica con la determinada forma de organizar la convivencia política que ha tenido presencia en el mundo occidental desde la época moderna. Este modelo, basado en una cierta coherencia unitaria de la población y, sobre todo, en la unificación del ámbito territorial al que se extendía la acción del poder político central, se caracteriza fundamentalmente por estas tendencias o impulsos básicos: secularización (separación entre el orden temporal de la vida y el orden de la vida sobrenatural), unificación y centralización del poder político (concentración del poder o poderes políticos en un solo sujeto centralizado de decisiones, absorbiendo los distintos centros de poder operantes durante la edad Media), determinación territorial (dominio político sobre todos los individuos que vivían dentro de un territorio determinado), institucionalización (el poder político fue encarnándose en una burocracia jerárquicamente vinculada al príncipe y que desempeñaba funciones constituidas en oficios públicos) y legitimación legal (el ppio. de legalidad como fundamental criterio de legitimación para el ejercicio del poder político; el sometimiento era la fuente última de legitimación para el ejercicio del poder).

Las relaciones existentes entre el Dcho. y el Estado toma como punto de referencia al Estado en su sentido más estricto. El acontecimiento más importante fue, sin duda, el progresivo protagonismo que el Estado empezó a asumir en el proceso de creación y aplicación del Dcho. No sólo intentó ser el legislador supremo y único, sino que hizo todo lo posible para convertirse en el máximo garante de la eficacia de sus propias leyes mediante el monopolio del ejercicio del poder judicial y sancionador e hizo de las leyes estatales el

instrumento básico para la ordenación de la actividad política.

Por este camino, a mediados del s.XIX se terminó definiendo al Dcho. en términos de Estado y viceversa. No puede resultar extraño, por tanto, que el Dcho. se identificaba con las leyes creadas e impuestas por la organización estatal.

- Las relaciones entre el Derecho y el Estado.-

¿Es el Estado el fundamento y la raíz del Dcho. o es más bien el Dcho. la base y el factor determinante del Estado?.

Hay múltiples respuestas que pueden resumirse en tres planteamientos:

- El que afirma la primacía del Estado frente al Dcho. Para esta doctrina la existencia, el alcance y la vigencia del Dcho. dependen directamente del Estado, todo ordenamiento jurídico positivo ha de ser reconducido en última instancia a la voluntad estatal que la sostiene. El Estado decide la existencia y el contenido del Dcho., de tal modo que sólo llega a ser Dcho. aquella normatividad social creada e impuesta por un Estado. las normas jurídicas han de contar con la posibilidad de imponer los comportamientos a todos los destinatarios, incluidos los rebeldes y, para ello, las normas están respaldadas por un poder capaz de imponerse mediante medios externos de coacción. La eficacia y la existencia misma del Dcho. dependen totalmente del Estado, ya que éste es el único sujeto que, dentro de la sociedad organizada, tiene a su disposición ese poder.
 - El que propugna la primacía del Dcho. frente al Estado. El Dcho. es anterior al Estado, el Dcho. es una realidad o ppio. contemporáneo del hombre, puesto que el sentimiento y la idea del Dcho. son elementos constitutivos e indefectibles de la conciencia humana. La propia vida personal de cualquier individuo no sería posible sin el Dcho., ya que no es posible que el hombre exista fuera de las relaciones intersubjetivas o comunitarias. Hombre, sociedad y Dcho. son realidades unidas por una mutua relación de necesidad. El nacimiento del Estado es posterior a la aparición del Dcho. y está supeditado a éste. Es el Dcho. el que establece la extensión y los límites del poder de mando del Estado, el concepto de Dcho. se puede definir y deslindar de las otras modalidades de la voluntad humana sin que en ello intervenga como método condicionante la noción de Estado. Y, en cambio, es imposible definir el concepto del Estado sin aludir como factor determinante a la noción formal de lo jurídico.
 - El que defiende la equiparación e incluso identidad entre dcho. y Estado. Ambos son manifestaciones de una única realidad. El Estado sólo existe en la medida y en la forma en que se expresa en el Dcho. El Estado es el Dcho. como actividad normativa, es la personificación de la totalidad del ordenamiento jurídico positivo; y el Dcho. es el Estado como situación normada. Quedan excluidas del ámbito de la ciencia jurídica las reflexiones que hacen referencia al Estado como fenómeno fáctico de poder y de dominio.
 - Interconexión entre las tres teorías. Ambas creaciones humanas surgen como funciones de la actividad organizativa de la vida social, como realidades simultáneas, ni es posible una comunidad política sin orden jurídico, ni un orden jurídico sin referirlo al poder y a la unidad política del Estado. Sin embargo, Dcho. y Estado son formaciones que responden a impulsos originarios diferentes e incluso contrapuestos, estando latente la posibilidad de tensiones entre ambos. El Dcho. es ciertamente un instrumento que está al servicio de la organización política de la sociedad, pero tiene en sí mismo un sentido y u valor autónomo que le permite enfrentarse al Estado para someter su organización y su actividad a la medida de la normatividad jurídica. Aunque es el Estado el que proporciona al Dcho. esa fuerza característica que hace de él una regla pública y eficaz, constituida en orden estable, corresponde al Dcho. regularizar, ordenar y legitimar a la propia organización estatal.
- ACTUAL DEPENDENCIA DEL DERECHO RESPECTO DEL ESTADO
 - Coordinación entre Derecho y Estado: el Estado de Derecho.-

Estado de Derecho, en sentido restrictivo, es aquél que actúa fundándose en el Derecho y en la forma del Derecho, el que está sometido al Derecho, aquél cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por las leyes, de tal modo que todo el ámbito de poder y actividad estatal está presidido por normas jurídicas. Todo el poder estatal se transforma en poder jurídico, garantizando su actuación conforme al Derecho; es necesario que el Derecho domine toda posible expresión del poder político, que todo obrar del Estado discorra con sujeción a reglas de Derecho.

Este modelo de organización estatal ha sido resultado de un largo proceso.

Rasgos peculiares:

- Primacía o imperio de la ley, que es expresión de la voluntad general y que regula toda actividad estatal a través de un sistema de normas jerárquicamente estructurado.
- Separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como garantía de la libertad y freno de posibles abusos estatales.
- Reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado.
- Reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales propios de la persona humana en su connatural dimensión de personalidad jurídica.
- Legalidad de las actuaciones de la Admón. y control de las mismas a través de un sistema de responsabilidad y de recursos contencioso-administrativo.

La nota primaria y definitoria del estado de Derecho es la del sometimiento del estado a la ley, la autovinculación del Estado a su Derecho. Pero la limitación del Estado por el propio ordenamiento jurídico es una simple autolimitación que puede ser neutralizada por un acto correlativo de autodesvinculación o liberación, lo que comporta el riesgo de desembocar en Estados cuya arbitrariedad es realmente ilimitada.

Sin embargo hay que tener en cuenta también que el simple hecho de la limitación formal y extrínseca por el Derecho no convierte a un Estado en Estado de Derecho. hay que exigir ante todo la vinculación y sometimiento a un orden jurídico estructurado en torno al reconocimiento de la dignidad de las personas humanas y orientado a la realización de las exigencias que dimanen de esa dignidad. Se exige al Estado de Derecho que se realice en una legalidad de contenido. Y el contenido de esa legalidad integral no puede ser otro que el hombre y su vida, puesto que el hombre es el creador y destinatario del Estado y del Derecho.

- La creación del Derecho por el Estado.-

Cuestión: si el derecho positivo es una creación exclusiva del Estado o si es producido más bien por otras instancias o centros de poder social. La primera opción se designa monismo jurídico (no hay más derecho que el llamado positivo) y la segunda pluralismo jurídico (junto al dcho. positivo existe el dcho. natural –dualismo juríd.-). ¿Monismo o pluralismo jurídico?.

Habitualmente se parte de la tesis generalizada de que el Derecho se identifica con el conjunto o sistema de normas creadas e impuestas por la autoridad del estado, siendo, por tanto, una creación exclusiva de éste. Si bien el derecho actual es mayoritariamente de origen estatal, existen múltiples sectores del Derecho que han surgido fuera del ámbito de competencia estatal o al margen de la actividad juridificadora del Estado, como el Dcho. internacional, el eclesiástico, el consuetudinario, el asociativo o el consensual.

El pluralismo jurídico afirma que las fuentes reales de creación del derecho desbordan los límites estrictos del Estado. El monismo jurídico afirma la importancia de el Estado ignorando la intervención de las otras. La verdad es que en la creación del Derecho intervienen desde los individuos y agrupaciones sociales inferiores al Estado hasta la comunidad internacional. La propia regulación jurídica vigente en un Estado es en la actualidad la resultante final de la convergencia de una muy variada serie de fuerzas sociales.

Esta constatación refleja únicamente el aspecto de la creación material o física de las normas jurídicas. Y ha de considerarse también el decisivo aspecto de la creación formal de tales normas.

Puede afirmarse que es en definitiva el estado el que da validez jurídica a toda esa normatividad social que producen los diversos centros de regulación o autorregulación que funcionan en el seno de la sociedad, las normas sólo tienen valor de Derecho en la medida en que el estado las reconoce y las hace socialmente eficaces con el respaldo de su poder central. Y, cuando el Estado no la reconoce de alguna forma, esa normatividad no llega a ser nunca Derecho o es incluso una normatividad directamente antijurídica.

Según este planteamiento, si bien el estado no crea todo el Derecho sí es él el que crea e impone todo el derecho desde un punto de vista formal. No obstante, este reconocimiento no significa aceptar que el Estado sea un agente absolutamente libre y arbitrario de la creación formal del Derecho, sino que el Estado está sometido al ppio. de legalidad.

Resumen: Si bien el derecho no es creado en forma exclusiva por el estado, sí es constituido siempre en gran medida por él, en cuanto que el estado es el que reconoce la fuerza obligatoria de las normas creadas por otras instancias y el que las hace eficaces a través de la actuación de órganos integrados en la propia estructura estatal. Y, sobre todo, el estado es el que garantiza fundamentalmente la seguridad del Derecho al centralizar su delimitación y su sanción. En la actualidad, el Derecho, para valer e imponerse como tal, tiene que ser reconocido, asumido y respaldado en alguna forma por la voluntad suprema del Estado.

TEMA 20.- DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO.-

• MONISMO Y DUALISMO JURÍDICOS

Que el derecho es un rector de los actos del hombre en su convivencia con los demás es una afirmación pocas veces contestada. La discrepancia comienza cuando se trata de concretar el tipo de ordenamiento que tiene a su cargo esa regulación de las relaciones sociales.

Para unos, no hay más derecho que el llamado positivo, el proveniente del legislador, nacido de la voluntad de éste en un tiempo histórico determinado: postura monista que defiende la existencia de un solo ordenamiento jurídico.

Posición dualista: lo jurídico no se agota en el dcho. positivo, junto a éste existe otro ordenamiento cuyas prescripciones alcanzan también los actos del hombre en sus relaciones con los otros miembros del grupo: aquel que tradicionalmente ha venido recibiendo el nombre de dcho. natural.

La postura monista, derivada del positivismo jurídico, se resuelve, en una negación del dcho. natural, defender la existencia del mismo lleva a una duplicación inútil de los ordenamientos jurídicos.

La tesis iusnaturalista: la coexistencia de uno y otro ordenamiento es perfectamente posible teniendo en cuenta que los preceptos del dcho. natural contienen una regulación de carácter abstracto, generalizado, mientras que las normas del dcho. positivo se manifiestan de modo más concreto, pudiendo atender a aspectos determinados de cada sociedad y de cada momento histórico.

Postura iusnaturalista: las relaciones humanas se regulan por el dcho. natural, pero al mismo tiempo se expresa en preceptos abstractos, difícilmente aplicables a los casos concretos, particulares y específicos que la vida presenta, por lo que hace falta otro ordenamiento –el dcho. positivo–, capaz de ajustarse a estos supuestos concretos y de adecuarse a sus particularidades.

La tesis monista defiende la existencia de un solo orden jurídico, el dcho. positivo, negando toda existencia al dcho. natural, la postura dualista sostiene la coexistencia de ambos ordenamientos afirmando que junto al

dcho. natural no sólo hay un dcho. positivo, sino que éste es necesario para remediar la evidente insuficiencia de aquél, dado el carácter de sus preceptos, para regular los casos concretos que la realidad ofrece.

- VINCULACIÓN DE LA LEY POSITIVA A LA LEY NATURAL EN LA DOCTRINA CLÁSICA

La coexistencia de dos ordenamientos obliga a establecer un rango entre ambos para evitar que sus preceptuaciones puedan ser contradictorias. En la tesis dualista, el dcho. natural es un dcho. que se impone al positivo, éste debe establecer sus mandatos de acuerdo con los de aquél, ajustándose a sus contenidos.

- Diversos medios de subordinación del derecho positivo al natural. –

La subordinación es ontológica. Las leyes humanas incorporan la justicia de la ley natural para aplicarla a las concretas relaciones de la convivencia social, de tal suerte que un precepto positivo que la contradiga podrá tener apariencia externa de ley, pero no lo será realmente por carecer de esencia de ley. Santo Tomás: "Toda ley humana tiene razón de ley en tanto en cuanto se deriva de la ley natural. Si en algo se separa de la ley natural no será ley, sino corrupción de la ley".

Comentarios a esta tesis. La sumisión de la ley humana a la natural no implica el que aquélla sea una mera transcripción o repetición de ésta; ni podría serlo, puesto que la ley natural se produce en términos abstractos y cabalmente, es esa una de las razones aducidas para afirmar la necesidad del derecho positivo.

No debe verse tampoco la exigencia de que las leyes humanas reflejen de modo absoluto la justicia de la ley natural. Hay multitud de normas positivas que no realizan esa justicia de un modo plenario sin que por ello deba considerarse que pierden la sustancia de ley: Sto. Tomás afirma que ello ocurrirá sólo en el supuesto de que la ley positiva se separe de la ley natural, que manifieste una discordancia respecto de la misma.

La relación de subordinación de que nos ocupamos se manifiesta también de ser la ley natural un límite a la labor del legislador humano y, correlativamente, una garantía para el súbdito. El gobernante puede y debe ajustar sus normas en todo momento a lo que las circunstancias aconsejen como más conveniente a los intereses de la comunidad; mas su libertad tiene que desenvolverse dentro de los márgenes que le impone el obligado sometimiento a los preceptos de la ley natural. Esta limitación constituye la mejor garantía de que el dcho. no va a ser utilizado por el poder como un instrumento de despotismo y tiranía.

- El problema de las leyes injustas. –

Cuando el legislador, al dictar las normas positivas, se inspire en la ley natural, la justicia de ésta se transfundirá en aquéllas, que serán, por tanto, leyes justas. Si los preceptos positivos se apartan o contradicen los postulados iusnaturales habrán de ser considerados leyes injustas, por cuanto en ellos no se encontrará el valor de la justicia.

¿Pueden existir leyes injustas?, ¿Puede una ley ser injusta y seguir siendo ley?. Para la concepción clásica, la respuesta es claramente negativa: Sto. Tomás: la ley humana que en algo se separa de la natural no es ley, sino corrupción de ley; San Agustín: no hay ley que no sea justa, es decir, cuando una ley es injusta no es ley.

Para estos autores la expresión "ley justa" es una inútil redundancia, pues si es ley ha de ser necesariamente justa; y la frase "ley injusta" encierra una esencial contradicción ya que siendo injusta no puede ser ley.

Pero considerar sin más que la ley injusta no es ley equivale a negar la existencia de todo el derecho positivo pues todo derecho es, de modo irremediable, parcialmente injusto por estas dos razones: porque nunca se podrá a la norma jurídica de modo pleno el ideal de justicia y, por tanto, la norma adolecerá de injusticia parcial en lo que haya fallado tal incorporación; y porque, además, la aplicación de las normas a los casos concretos jamás podrá ser perfecta, dadas la generalidad de aquéllas y la particularidad de éstos, de modo que

las leyes serán inevitablemente injustas en el grado en que se produzca la inadaptación entre generalidad y particularidad.

La injusticia que aquí tratamos nace de la contradicción entre el contenido de las normas positivas y los postulados de la ley natural. Pero tampoco en ese caso entendemos que sea admisible la tesis de la inexistencia de la ley injusta; por mucha y grave que sea la carga de injusticia de que adolezca un precepto, lo cierto es que procede del legislador y está dado para regular la vida de convivencia, por lo que es ley: injusta, pero ley.

Lo único que cabe frente a esta realidad es tratar de determinar el posible comportamiento del súbdito frente a la ley injusta. Sócrates proclama la necesidad de obediencia absoluta a las leyes aun cuando éstas sean injustas. Sto. Tomás, después de haber afirmado que las leyes injustas no son propiamente leyes y, por tanto, no obligan a la obediencia, cree oportuno ofrecer a modo de criterio práctico que el súbdito debe obedecerlas por el escándalo o desorden que su incumplimiento pudiera traer consigo; cuando son injustas por atentar contra el bien divino, no sólo no obligan como en el supuesto anterior, sino que además el súbdito debe no acatarlas ni dar cumplimiento a sus mandatos.

Esta segunda postura da paso al ppio. de resistencia al poder injusto y derecho a la resistencia a favor de los súbditos cuando el poder tiránico pretenda imponerles leyes injustas, distinguiendo la resistencia pasiva de la activa.

• OTRAS POSIBLES INTERPRETACIONES DE LA TESIS IUSNATURALISTA

Concepciones del dcho. natural que aluden, de un modo genérico, a toda realidad de la naturaleza

–concebida en un sentido muy amplio– que se impone necesariamente a los hombres, y con la que, ha de contar el legislador humano a la hora de formular sus leyes. En sentido amplio, un determinado ordenamiento positivo infringe el dcho. natural cuando en el mismo se contienen preceptos inconciliables, no ya sólo con las tendencias de la naturaleza humana, sino con cualquiera de estas realidades que el hombre se encuentra dadas y de las que no puede prescindir.

Este dcho. natural será aquel orden normativo de la vida humana de convivencia que procede de una serie de datos o factores de todo orden –y entre ellos, la naturaleza humana entendida al modo clásico– que condicionan esa vida convivente. El denominador de estas doctrinas es la afirmación de que existe un orden jurídico objetivo, no procedente de la normatividad humana, sino que se impone a los hombres de manera ineludible, con la misma forzosidad e inevitabilidad con que se le impone toda realidad natural. Según esta tesis, los hombres vienen obligados a realizar determinadas conductas y a abstenerse de ciertos comportamientos porque así lo ordenan unas normas no sancionadas por legislador humano alguno, sino procedentes de un conjunto de realidades en cuyo marco está inscrita la convivencia social: desde la naturaleza metafísica del hombre hasta las circunstancias meramente físicas, pasando por los factores sociológicos, psicológicos, etc.

Objetivismo jurídico designa a toda doctrina que afirma que por encima del derecho positivo, dimanante de un legislador, hay "algo" que es superior y se impone a ese derecho, de tal suerte que las normas de éste no pueden ignorarlo ni conculcarlo, por lo que de cierta manera viene a ser fundamento de tal derecho positivo, o por lo menos, límite para el mismo. La realidad superior en cuestión es objetiva, en el sentido de que está sustraída a la voluntad y manejo de los hombres; y es jurídica, con lo que se quiere indicar que, desde luego, trátase de una realidad que se impone normativamente, prescribiendo unas conductas y prohibiendo otras dentro del marco de la convivencia social y originando derechos y deberes en la conciencia de los hombres. Cuando ese "algo" se entienda como un ordenamiento nacido de la naturaleza humana, estaremos ante el iusnaturalismo. Cuando se dé entrada a otros factores como fundamento del orden superior, aparecerá el objetivismo jurídico, concepción más amplia que engloba, como especie, el iusnaturalismo: todo

iusnaturalismo es un objetivismo jurídico, pero no al revés. El objetivismo jurídico y el iusnaturalismo consisten básicamente en la afirmación, frente al positivismo jurídico, de que la fuente del derecho positivo no puede estar sólo en la voluntad del legislador, sino en una realidad más allá de aquel derecho, a la que éste forzosamente ha de acomodarse.

Ciertas tendencias actuales llegan a privar al dcho. natural de su carácter normativo, reduciéndolo a un simple ideario o conjunto de valores hacia los que debe tender el dcho. positivo. Incurren en la paradoja de llamar dcho. natural a algo que no es propiamente dcho. Hablar de dcho. natural y, a al vez, negar que éste se manifieste en auténticos preceptos constituye una contradicción muy difícilmente salvable. Las aludidas doctrinas no son, por tanto, ni iusnaturalistas ni tampoco lo que hemos denominados objetivismos jurídicos.

• EL DERECHO NATURAL COMO IDEOLOGÍA: LAS NOCIONES DE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

El derecho natural no sólo orden normativo sino también una ideología. Al derecho natural basta con considerarlo como un módulo inspirador y ejemplar que se hace presente como elemento de contraste para enjuiciar y valorar los actos del hombre y de modo muy concreto la acción política del poder. La justicia o injusticia de las leyes positivas y de los actos de gobierno viene así dada por su conformidad o disconformidad con el derecho natural.

La apelación al iusnaturalismo como criterio discriminador de lo justo y de lo injusto ha adquirido una mayor fuerza a partir de los s. XVII–XVIII, momento en que empiezan a formularse de modo sistemático los dchos. naturales de la persona humana, es decir, los dchos. subjetivos de que todo hombre es titular por el mero hecho de ser hombre y que tienen su origen no en la concesión de las leyes positivas, sino en esa normatividad superior que se denomina dcho. natural. La ideología iusnaturalista se centra en los derechos más que en las normas objetivas: la denuncia de las injusticias de las leyes o de los abusos de los gobernantes se produce cuando los preceptos de aquéllas o los actos del poder desconocen o violan los derechos fundamentales de la persona.

Ideología revolucionaria como actitud inconformista frente a los abusos del poder; en nombre del derecho natural o de los derechos naturales del hombre se señalan al gobernante los límites de su actividad y se denuncian como injustas las transgresiones de los mismos.

Desde la perspectiva de esta ideología iusnaturalista cobra pleno sentido la distinción entre legalidad y legitimidad. la legalidad es la conformidad de un acto con la normativa vigente, concepto puramente formal: un acto es legal cuando se produce de acuerdo con lo que las normas positivas prescriben. Pero no hace referencia alguna a la posible justicia o injusticia del acto en cuestión, es decir, no tiene en absoluto carácter valorativo. La valoración le viene por su relación con el derecho natural, de la que se desprenderá la calificación como justo o injusto, apareciendo entonces la noción de legitimidad, que consistirá en la conformidad del comportamiento con las normas superiores del derecho natural.

La resistencia frente a ese repetido acto en nombre del derecho natural será, sin duda, una conducta carente de legalidad, pero netamente legítima: por eso, toda revolución, en cuanto abierta resistencia al orden jurídico establecido, tiene que colocarse necesariamente en la ilegalidad, aunque, si está justificada, poseerá legitimidad.

Este planteamiento de distinción entre legalidad y legitimidad presenta dificultades en el terreno de la práctica por razón del subjetivismo inherente a toda interpretación de lo que es dcho. natural o de lo que es justicia. Porque, no hay gobernante que deje de hacer solemnes apelaciones a los más elevados valores para justificar su acción política, como no hay tampoco revolución alguna que no proclame que su oposición al poder la realiza en nombre de unos ppios. superiores violados por éste. Con lo que resulta que el dcho. natural –o, en la actualidad, los derechos naturales de la persona– aparecen lastrados con una tremenda carga política que,

inevitablemente, perturba la nitidez de su concepto. Pese a ello, no hay sistema político, cualquiera que sea su matiz, que se atreva a presentarse decentemente ante el mundo como desconocedor de aquellos supremos valores, aunque luego, en la práctica haga caso omiso de ellos.

TEMA 19.- LA IDEA DE NATURALEZA Y EL DERECHO NATURAL.-

• ACEPCIONES DEL TÉRMINO "NATURALEZA"

Derecho natural significará, primariamente, derecho de la naturaleza.

El sentido que esta expresión tenga habrá de ser forzosamente diferente según el concepto de naturaleza que en cada caso se maneje.

Significados de "naturaleza", que aparecen al contraponer ésta a otras nociones. Si contraponemos naturaleza a sobrenaturaleza, natural significará todo aquello en cuya producción o desarrollo no intervienen factores extrahumanos; naturaleza opuesto a cultura representa un sentido de lo primario y espontáneo; cuando se enfrenta a espíritu, lo natural se circunscribe al mundo de la materia; si consideramos la naturaleza como opuesto a libertad, aquélla comprenderá la zona de la necesidad y la causalidad, siendo libre lo contingente y lo que es consecuencia de un obrar finalista; puede entenderse lo natural como lo contrario de artificial, es decir, como aquello que tiene existencia independiente de la transformación operada por la actividad humana; por último, decimos de un suceso o conducta que es natural contraponiéndolo a extraño o anómalo, cuando se produce de modo normal y en el sentido que cabía esperar.

En el terreno estrictamente filosófico, autores y escuelas de todos los siglos han ofrecido variadísimos conceptos de naturaleza. De dos de esas concepciones vamos a ocuparnos de forma particular: las que denominados cosmológica y metafísica tradicional.

• CONCEPCIÓN COSMOLÓGICA; DISTINTAS VERSIONES

Es la que identifica ésta con el conjunto de seres corpóreos. Esta concepción se ha dado en tres versiones.

- Concepción organicista. Concibe el cosmos como un gran "organismo", es decir, animado de un ppio. intrínseco al que se debe la regularidad con que se producen los fenómenos naturales; si el mundo es ordenado es porque el orden viene impuesto por ese ppio. yacente en las cosas mismas. Tal ppio., llamado frecuentemente logos, razón, elemento racional, actúa desde las cosas como una ley que hace que el mundo sea un cosmos armónico y coherente. Esta concepción del mundo se manifiesta en los presocráticos, los estoicos y Plotino.
 - Concepción mecanicista. Considera la naturaleza o conjunto de seres como un "mecanismo", algo inerte que, si se produce en sus manifestaciones de modo regular, no es por virtud de un ppio. ínsito en las cosas, sino por algo que opera en el mundo "desde fuera": las leyes procedentes de la razón divina, que es trascendente a la naturaleza por cuanto Dios es creador de ella. Leonardo De Vinci, Copérnico, Kepler, Galileo, etc.
 - Concepción historicista. Ve en el cosmos una realidad sujeta, como todas, a la evolución, trasladando el dinamismo propio de lo histórico al reino de las ciencias cosmológicas: frente al fixismo imperante hasta el s. XIX, que concebía el mundo no humano como algo inmutable y fijo, se descubre ahora que no sólo las especies vivas, sino también los seres inertes están afectados por un movimiento evolutivo, es decir, tienen historia; este es el sentido con que la naturaleza es contemplada por Laplace, Kant y Darwin.
- ### **• CONCEPCIÓN METAFÍSICA CLÁSICA**

Está formulada por Aristóteles e inserta después en la filosofía tomista. Consiste en entender por naturaleza el modo de ser de cada ente –o de cada especie– en particular: un ser es lo que es y no otra cosa, porque posee una determinada naturaleza, que es, por tanto, lo que le tipifica y constituye.

La naturaleza del ser es, a la vez, lo que determina las operaciones propias de ese ser, la fuente de su actividad específica, de suerte que cada ser realiza los actos propios de su especie porque participa de la naturaleza de esa especie; esa es la razón –la participación en una común naturaleza– de que todos los seres de la misma especie realicen una actividad idéntica, supuesta la igualdad de condiciones en que tal actividad se produzca.

Naturaleza es el ppio. constitutivo del ser, que, al mismo tiempo, es también ppio. desde el punto de vista de la génesis del ser.

En Sto. Tomás se repite esta concepción, considerando la naturaleza en el doble aspecto que podríamos llamar estático y dinámico. El primero es la naturaleza como esencia de cada ser, como lo que le constituye metafísicamente; el segundo es esa misma esencia, pero contemplada en cuanto ppio. operativo, es decir, en cuanto origen de las operaciones propias del ser.

• NATURALEZA HUMANA Y DERECHO NATURAL

Ateniéndose a la concepción metafísica que acabamos de exponer, es obvio que cada ser tendrá su propia naturaleza. Podemos hablar, pues, de la naturaleza humana, del modo de ser peculiar y propio del hombre, representado por una serie de características o notas que constituyen su esencia, entre las que destacan la racionalidad y la socialidad; esa naturaleza o modo de ser del hombre es lo que tipifica a éste y le distingue de otros entes, al mismo tiempo que es fuente y origen de los movimientos que le son propios.

Derecho natural es aquel ordenamiento que brota y se funda en esa naturaleza humana, no debiendo su origen a la voluntad normativa de ninguna autoridad, como ocurre con el dcho. positivo. Los preceptos del dcho. natural están de acuerdo con la naturaleza humana –puesto que de ella emanan– y se encaminan al mejor desarrollo de sus operaciones propias. La fundamentación de este dcho. en la naturaleza humana tiene una consecuencia de gran trascendencia: si se afirma la existencia del dcho. natural tiene que admitirse que el derecho positivo debe, inexorablemente, atenerse en sus prescripciones a las de aquél pues un ordenamiento jurídico que conculcase los mandatos y prohibiciones del derecho natural estaría violentando las tendencias de la naturaleza humana.

¿Qué significado tiene el adjetivo "natural" aplicado al derecho?. En primer lugar, dicho adjetivo excluye todo elemento sobrenatural: dcho. natural es el que el hombre conoce puramente mediante su razón, sin el auxilio de información revelada, y al mismo tiempo es un derecho que atiende tan sólo a la consecución de los fines temporales del hombre. Es afirmar que el dcho. así calificado está por encima de toda intervención de los hombres, puesto que al proceder de la naturaleza humana, confiere a sus mandatos y prohibiciones un carácter de necesidad. Y por último, hace referencia a la esencia del sujeto de ese derecho, que es el hombre: el dcho. natural es el que se fundamenta en la naturaleza humana.

Tema 9.– PLENITUD Y COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO.–

- EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS
- El principio de plenitud y su problemática.–

Plenitud del Derecho. Cualquier ord. jurídico estatal dispone siempre de alguna norma que regula adecuadamente cualquier supuesto fáctico–social que pueda presentarse; nunca se dará el caso de que el Dcho. carezca de respuesta adecuada para una demanda de la vida social. Un ord. jurídico estatal es pleno cuando los jueces pueden encontrar siempre en él una norma en que se contenga la regulación del conflicto que se somete a su decisión.

La disposición 1.7 del Cód. Civil establece que los Jueces y Tribunales tiene el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

Este ppio. de plenitud se incorporó en la época moderna y fue consagrado en la etapa de las grandes codificaciones como consecuencia de la fe en la racionalidad y perfección de los Códigos y la seguridad jurídica.

El dogma clásico de la plenitud comenzó a tambalearse; sin embargo, la defensa del ppio. de certeza y seguridad jurídica y la lucha contra la posible irrupción de la arbitrariedad judicial contribuyeron a que se abordase su reelaboración crítica a través de dos teorías diferentes: la del espacio jurídico vacío y la de la norma general exclusiva.

- LA TEORÍA DEL ESPACIO JURÍDICO VACÍO. –

K. Bergbohm y S. Romano. El campo de la actividad humana puede considerarse dividido, desde el punto de vista del Dcho., en dos sectores: aquel en que la actividad está vinculada por normas jurídicas (espacio jurídico lleno) y aquel en que dicha actividad es libre (espacio jurídico vacío). O se da la vinculación jurídica, o se da la plena libertad, no hay tercera posibilidad. Pero la regulación jurídica no tiene descubiertos o lagunas. Lo que no cae dentro de los límites de la ordenación es una realidad que está fuera de su radio de acción. Puede afirmarse que la acción del Derecho está sometida a límites, pero no que el Dcho. tenga vacíos o deficiencias.

La plenitud del ord. jurídico puede entenderse como la plenitud de un río: todo lo que está comprendido en su cauce o en sus márgenes es del río, lo que queda fuera ya no pertenece al río.

- LA TEORÍA DE LA NORMA GENERAL EXCLUSIVA. –

E. Zitelmann y D. Donati. No existe ningún espacio de la actividad humana que quede al margen de la regulación jurídica y que, en consecuencia, haya de ser calificado como jurídicamente vacío. Aquellos comportamientos que no quedan comprendidos en la regulación de las normas jurídicas particulares caen bajo la regulación de una norma general exclusiva. Consecuentemente, la regulación jurídica llega a todas las conductas y no es posible que se dé ni un solo caso para el que no exista algún tipo de regulación en el ordenamiento jurídico positivo. La norma general exclusiva limita el alcance de dichas reglas particulares, al excluir de su ámbito todos los comportamientos que ellas por sí mismas no incluyen. Así, cualquier posible comportamiento queda incluido en la regulación jurídica positiva.

- LA DOCTRINA DE LA PLENITUD POTENCIAL O FUNCIONAL. –

Si se atribuye a la plenitud del Dcho. el sentido de que éste cuenta siempre con la posibilidad de resolver de alguna forma cualquier supuesto fáctico que se plantee, hay que concluir que el Dcho. es una regulación completa, sin vacíos. Si, en cambio, se entiende la plenitud en el sentido que permite resolver adecuadamente el caso planteado, ha de reconocerse que ningún ord. jurídico es completo y que, incluso, ni siquiera es posible que lo sea de forma permanente.

La presencia de situaciones o relaciones sociales para las que no existe en el ord. jurídico una norma específica aplicable es habitual. Por otro lado, las propias previsiones establecidas por los ordenamientos para la resolución de los conflictos por parte de los jueces constituyen un expreso reconocimiento de la insuficiencia de las normas jurídicas específicas, es decir, del carácter incompleto de su propia regulación.

Pero los ord. jurídicos contienen siempre en su propio seno elementos de decisión suficientes para resolver, por lo que no hay posibilidad de que aparezca algún supuesto fáctico para el que no exista en el ord. una pertinente regulación jurídica. Ha de concluirse que el Dcho. realiza siempre por su propia virtualidad el ppio. de la plenitud o completud, en cuanto que termina resolviendo de una forma o de otra las situaciones en que no existe una norma específicamente aplicable al supuesto planteado. Pero su plenitud es simplemente potencial o funcional, ya que consiste en disponer de los mecanismos adecuados para dar solución a cualquier

posible supuesto.

Sin embargo, esas situaciones de carencia de norma específica se dan y hay que reconocer la existencia de lagunas y hay que encontrar el camino más adecuado para resolverlas.

- Las lagunas jurídicas.–

El Dcho. no es pleno ni completo, no dispone de una regla positiva específica para todos los casos planteables.

Se entiende por laguna jurídica, la carencia o inexistencia, dentro de un ord. jurídico dado, de una norma general específica en cuya regulación quede incluido un determinado caso planteado o planteable. Los propios juristas prácticos tendrán que rellenar el vacío recurriendo a los mecanismos de complementación previstos en el ordenamiento.

Se pueden dar tres supuestos diferentes:

- Laguna ideológica. En relación con un orden jurídico paradigmático o ideal. La única solución posible es la que pasa por la intervención del correspondiente órgano legislador.
- Laguna legal. En relación con el Derecho legislado. La solución apunta hacia las otras partes o sectores del ord. jurídico.
- Laguna jurídica propiamente dicha. En relación con la totalidad del ord. jurídico. Es la que realmente pone en apuros a los operadores jurídicos al no existir una regla jurídica específica con cuya ayuda pueda adoptarse una solución respecto del caso planteado.

Desde el punto de vista general, hay tres grandes clases o tipos de lagunas en el Dcho.:

- Lagunas propias y lagunas impropias. Son propias aquellas que consisten en vacíos o carencias normativas del ord. jurídico considerado en sí mismo. Son impropias aquellas carencias normativas que registra un determinado ord. jurídico positivo cuando se le contrasta con algún tipo de ord. modélico, sea real o ideal. Ambos tipos designan la existencia de situaciones o relaciones que no son objeto de regulación específica en las normas positivas integrantes de un ord. jurídico dado. Pero mientras que las propias encuentran una solución en el conjunto de normas vigentes a través de la actividad de los intérpretes, las impropias sólo pueden ser resueltas por el legislador mediante la creación de nuevas normas.
- Lagunas subjetivas y lagunas objetivas. Subjetivas serían aquellos vacíos o carencias que tienen su origen en la actuación del sujeto legislador al no regular determinadas conductas o materias. Objetivas serían las que se producen por el envejecimiento de los ord. jurídicos. en ambos casos se da el supuesto de carencia de una norma específica dentro del ord. jurídico positivo.
- Lagunas fuera de la ley y lagunas dentro de la ley. Las primeras consisten en vacíos o carencias normativas que afectan a determinadas relaciones o situaciones particulares, a pesar de que existe en el ord. una regulación que parece contemplarlas. Se dan cuando las normas jurídicas no permiten que sean incluidos en su regulación específica todos los supuestos que pueden presentarse en esa materia y a ese nivel de particularidad. Fuera de la norma aparecen supuestos que, pudiendo o debiendo estar incluidos en ella, de hecho no lo están. Las segundas existen cuando las normas jurídicas son tan genéricas y abstractas que no llegan a ofrecer una solución adecuada para varios de los supuestos particulares que se presentan dentro del área de relaciones sociales por ella reguladas.
- La superación de las lagunas jurídicas.–
- MÉTODO DE LA HETEROINTEGRACIÓN.–

La heterointegración consiste en la superación de las lagunas mediante la aplicación de normas pertenecientes a un sistema jurídico diverso de aquel en que se produce la laguna.

Puede ser:

- Propia. Cuando la solución del caso no es específicamente regulado se formula en base a normas pertenecientes a un ord. jurídico distinto de aquel en que se produce la laguna. Se recurre a normas o ppios. que pertenecen a un orden ético– jurídico distinto del ord. estatal, como la justicia, la equidad o el Dcho. natural y en ocasiones a normas pertenecientes a otros ord. jurídicos positivos extraños, tales como el Dcho. romano, el canónico, los Códigos de otros Estados, etc.
- Impropia. Cuando se recurre a normas que pertenecen a un área del propio ordenamiento, que es distinta del área o sector en que se ha producido la laguna. Se recurre al Dcho. consuetudinario, a la jurisprudencia, o a la doctrina jurídica, ya que la laguna se producirá normalmente en el ámbito del Dcho. legislado.

• MÉTODO DE AUTOINTEGRACIÓN.–

Consiste en la superación de las lagunas mediante la aplicación de normas o ppios. jurídicos que forman parte del propio ord., subsistema o sector en el que se producen dichas lagunas. Las vías más habituales de la autointegración son el recurso a la analogía o la aplicación de los ppios. generales del Dcho., caso de que se produzcan lagunas, las normas aplicables se extraen del propio ordenamiento.

- Analogía. Resolución de casos no directamente regulados mediante la aplicación de normas del ord. que regulan casos semejantes. Este ppio. ha sido incorporado de modo explícito a los ord. jurídicos positivos. La aplicación exige que en el supuesto no regulado se dé la misma conexión de lógica jurídica que llevó al legislador a regular el supuesto específicamente contemplado en la norma existente.

Tipos de analogía. – Analogía de ley. La anteriormente descrita.

- Analogía de Derecho. Buscar la solución, no en una norma que regule un caso semejante, sino en la orientación del sistema jurídico total o en un sector del mismo.
- Por interpretación extensiva. Incluir en alguna de las normas específicas existentes el supuesto no regulado.
- Ppios. generales del Dcho. son criterios o directrices fundamentales del orden jurídico vigente que se encuentran en las normas, en las instituciones, en los ppios. políticos–legislativos constitucionales y en la tradición jurídica nacional.

Tipos. – Ppios. generales expresos. Formulados en normas positivas legales o constitucionales, de carácter generalísimo, y tienen un carácter dual: son ppios. y, a la vez, normas positivas. El recurso a ellos no presupone necesariamente la existencia de una laguna.

- Ppios. generales inexpressos. No están inmediatamente visibles en las normas positivas y tienen que ser descubiertos por el intérprete a través de u proceso de abstracción que parte de las normas del ord. para obtener el espíritu del sistema. El recurso a ellos constituye un verdadero procedimiento de integración del sistema, por cuanto viene motivado por la existencia de una laguna.

• EL PROBLEMA DE LAS CONTRADICCIONES ENTRE NORMAS

Los Dchos. históricos, es decir, los ord. jurídicos de cada país, constituyen complejos de normas entre las que no existe ni una plena coherencia ni una exacta integración jerárquica. Y eso pone en duda el carácter sistemático de los ord. jurídicos estatales.

- La idea de sistema en el Derecho.–

El Dcho. es un complejo de normas que funciona unitariamente, de tal modo que entre lo que establecen sus

múltiples disposiciones no se dé nunca contradicción o incompatibilidad. Pero hay que tener en cuenta que la locución sistema jurídico arroja dos importantes significados o sentidos: el primero como sistema deductivo, decir que un Dcho. constituye un sistema equivale a afirmar que todas las normas que lo integran son derivables lógicamente de algún ppio. jurídico fundamental; el segundo sentido como sistema científico, el Dcho. es un sistema en la medida en que es materia científica sometida a un tratamiento clasificatorio unificador.

Por encima de todo lo que se intenta destacar al afirmar que el Dcho. es un sistema, es que, en el seno de los ord. jurídicos positivos no pueden coexistir normas que sean incompatibles entre sí (ppio. de coherencia).

Ese ord. jurídico cuenta con los mecanismos propios adecuados para neutralizar la incompatibilidad inicial de las normas que se contradicen. En consecuencia, cuando se califica al Dcho. como sistema, se quiere dar a entender que los distintos ord. jurídico son complejos de normas relacionadas entre sí funcionalmente, en el sentido y hasta el punto de que, no sólo no pueden subsistir incompatibilidades o contradicciones entre dichas normas, sino que ha de darse inevitablemente una relación de mutua complementariedad, de tal modo que todas las normas contribuyan armónicamente al logro de los objetivos sociales que intenta realizar cada Dcho.

- La posibilidad de contradicciones entre disposiciones jurídicas.–

Existe una contradicción entre dos disposiciones jurídicas cuando la aplicación simultánea de ambas a un mismo supuesto fáctico produciría consecuencias jurídicas directamente contrapuestas. La contradicción es, pues, aquella situación que se produce cuando hay dos disposiciones jurídicas que, perteneciendo al mismo ordenamiento y teniendo el mismo ámbito de validez, son entre sí incompatibles por imponer conductas contrapuestas. Tales disposiciones jurídicas son incompatibles entre sí y no pueden ser válidas al mismo tiempo; su presencia en el ord. generaría la aparición de esa situación de contradicción normativa habitualmente designada con el nombre de antinomia (contradicción entre dos textos legales).

Requisitos para que exista contradicción:

- Primera condición. Que ambas pertenezcan al mismo ord. jurídico.
- Segunda condición. Que ambas tengan idéntico ámbito de validez personal, material, espacial y temporal.

Tipos:

- Total–total. Cuando las disposiciones contrapuestas tienen idéntico ámbito de validez en todas sus manifestaciones.
- Parcial–parcial. Cuando tienen un ámbito de validez que en parte es igual y en parte distinto.
- Total–parcial. Cuando una de las disposiciones tiene un ámbito de validez ilimitado (=total) y la otra lo tiene restringido (=parcial).
- Criterios de solución de las contradicciones.–

La jurisprudencia y la ciencia del dcho., a través de una secular actividad práctica y teórica, han elaborado varias reglas de solución:

- La de la posterioridad cronológica. La ley posterior deroga a la ley precedente.
- La de la superioridad jerárquica. La ley superior deroga a la inferior.
- La de la especialidad en la regulación. La ley especial deroga la general.

A veces, entre dos disposiciones, se da una contraposición compleja o cruzada de tal modo que pueden aplicarse concurrentemente varias reglas de resolución. Para resolver estas situaciones la práctica jurídica ha logrado decantar unas directrices predominantes como la de que la regla de la superioridad jerárquica ha de

imponerse casi siempre a las otras dos y que la regla de especialidad es más fuerte que la de posterioridad cronológica.

Puede haber contraposiciones de normas a las que no se puede aplicar ninguna de las reglas o principios homologados de solución. En estas situaciones extremas, la solución del conflicto está en manos del intérprete, quien habrá de resolver en base a consideraciones de justicia y de oportunidad, si bien tendrá que apoyar siempre su opción sobre las posibilidades operativas que en tal sentido le ofrezca el propio sistema dentro del cual está actuando.

Tema 8.- GÉNESIS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-

- LOS GRANDES MOMENTOS DE LA VIDA DEL DERECHO: CREACIÓN, APLICACIÓN Y DESAPARICIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS
- Las fases de la existencia del Derecho.-

El Derecho se caracteriza ante todo por ser una realidad cultural e histórica, algo que el hombre crea para que contribuya a resolverle algunas de las necesidades o problemas que la vida colectiva plantea. En este sentido, las diversas normas jurídicas que integran un determinado Derecho histórico y el propio Derecho como fenómeno cultural general constituyen una realidad dinámica, cuya existencia y operatividad se desarrolla dentro de un proceso relativamente complejo. Tienen su propio ciclo vital en el que destacan tres fases: el nacimiento o aparición, la realización o acción efectiva sobre el sistema de las relaciones y la desaparición o pérdida definitiva de su virtualidad normadora.

La creación del Derecho se produce cuando las reglas del Dcho. surgen en el horizonte de un determinado ordenamiento o sistema jurídico histórico con su plena capacidad directiva.

La aplicación representa el amplio proceso a través del cual llegan las normas jurídicas a realizar su propio destino reglamentador, configurando de forma inmediata y efectiva el correspondiente sector de los comportamientos y relaciones sociales.

La desaparición es el momento en cada una de las normas jurídicas, un bloque normativo o todo un ordenamiento jurídico en su conjunto pierden su calidad de tales y dejan de formar parte de la normatividad jurídica que está vigente en una concreta organización social.

- La relación entre creación y aplicación del Derecho.-

Según la visión tradicional del liberalismo jurídico-político, creación y aplicación son fases o funciones de la vida jurídica que están tajantemente separadas. Hay una actividad legislativa que se centra en la producción de normas y hay una actividad jurisprudencial que se limita a la efectiva aplicación de esas normas. La primera arranca de los problemas sociales para llegar a la formulación de las normas jurídicas, la segunda parte de las normas jurídicas existentes para llegar a la regulación justa de los problemas concretos de la vida social.

Sin embargo existe una nueva visión de signo contrario, A. Merkl y H. Kelsen, que concibe el orden jurídico como una estructura de niveles unidos entre sí por un nexo de derivación progresiva. Los diversos elementos integrantes de un ordenamiento jurídico constituyen una unidad dinámica, en cuanto que están unidos por una relación de producción o derivación; y es precisamente esa relación la que permite referir todas las normas vigentes a un único centro jurídico: la norma fundamental. El tránsito de un escalón a otro se debe siempre a una actividad en la que están simultáneamente presentes el aspecto de la aplicación de una norma anterior y el aspecto de la producción o creación de una nueva norma. No hay separación entre la creación y la aplicación del Derecho.

Este planteamiento adolece de dos desviaciones o falseamientos en la interpretación de la realidad jurídica. En

primer lugar, ha de reconocerse que, dentro de una consideración realista e integral, tales funciones son actividades cualitativamente distintas, tanto por su capacidad de iniciativa, como por el alcance, la fuerza y la eficacia de su acción. y, en segundo lugar, deforma la dimensión del conocimiento jurídico desarrollado. Y presenta divergencias notables en cada una de las actividades de creación y de aplicación, en la primera, el conocimiento jurídico práctico se aplica principalmente a detectar y a traducir en ppios. y normas jurídicas las aspiraciones, los intereses y los valores políticos predominantes en el seno de la sociedad. En la segunda, ese conocimiento de vuelca ante todo en la aplicación de las directrices jurídicas vigentes a la realidad social concreta.

En realidad, entre creación aplicación no se da ni una separación absoluta ni una absoluta unificación, sino más bien una cierta continuidad matizada por la presencia de unas diferencias cualitativas que radican en la distinta función social y el diverso ámbito de la realidad jurídica en que actúan.

• SUJETOS CREADORES DE DERECHO Y FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA NORMATIVIDAD JURÍDICA

Se consideran fuentes materiales la identificación de los factores o instancias que producen la aparición de las normas jurídicas en el seno de la organización social.

Se consideran fuentes formales la determinación de las formas o tipos jurídico-culturales a través de los que dichas normas se integran en el ordenamiento jurídico.

• Las fuentes materiales del Derecho.-

Estas fuentes deben establecer la identidad de las instancias o factores que actúan como agentes creadores del Dcho. en el seno de la organización social. Hay varios enfoques:

- Averiguar cuáles son las realidades, poderes o fuerzas sociales que intervienen en la producción de la normatividad jurídica.
- Buscar los sujetos cuya actuación en el seno de la organización social termina siendo creadora de normatividad jurídica de un modo concreto, constatable y suficiente.

Calificaremos como fuentes materiales al agente creador, al sujeto social que tiene el poder y no al poder mismo.

El factor del que va a depender en última instancia el alcance y la fuerza normativa de las reglas de Dcho. no es otro que el propio sujeto que las crea, en función de la potencia jurídica que le haya sido atribuida a ese sujeto por el sistema de organización social. Y, por eso, parece lógico reducir el problema de la determinación de las fuentes materiales de la normatividad jurídica a la identificación de los sujetos sociales que crean dicha normatividad. Hay que tener en cuenta que, dentro de una perspectiva historiográfica, la identidad de los sujetos sociales que actúan como fuentes originales de Dcho. y la propia relación jerárquica que media entre ellos varían substancialmente de unas épocas a otras y de unas sociedades a otras.

En este sentido, el número de los sujetos sociales que han actuado o actúan es prácticamente ilimitado. Probablemente no existe ningún sujeto de vida social que no haya sido en algún momento y de alguna forma creador (=fuente) del Dcho: los dioses, los reyes, la sociedad global, la familia, las iglesias, los grupos o clases sociales, las ciudades, los juristas, los jueces, los parlamentos, los comerciantes, los Estados...

Sobre la jerarquía de las fuentes materiales del Dcho. hay que tener en cuenta que las discusiones teóricas acerca de la preferencia de una fuente jurídica sobre otra son pugnas políticas. Se lucha por la primacía y el control sobre las demás fuentes, de tal modo que las reglas jurídicas propias se impongan a las normas establecidas por los otros sujetos con potestad para crear Derecho. ha de reconocerse también la

importantísima incidencia de los cambios histórico–culturales, ya que la primacía de unas fuentes materiales sobre otras varía profundamente, no sólo de unas épocas a otras, sino también de unas sociedades a otras. La primacía ha ido pasando sucesivamente, a lo largo de la historia, de la comunidad social global a los órganos jurisdiccionales, de éstos al príncipe, de éste a las cámaras legislativas y, finalmente, de nuevo a los detentadores del poder de gobierno o a la conjunción de los órganos legislativo y ejecutivo.

Hoy se piensa de una forma general que el Estado es la mas alta y amplia fuente material de Dcho.; pero no es la fuente única. Existen diversos sujetos sociales que desarrollan una constante actividad creadora de normas jurídicas. Ahora bien, la validez formal de tales normas sólo se logra plenamente a través de su integración en el ordenamiento jurídico estatal. Y, en ese sentido, el Estado se constituye siempre, en última instancia, en garante y sustentador de la juridicidad de las normas.

El Estado, mediante las leyes, y la Sociedad, con sus organizaciones económicas y profesionales, mediante las costumbres y usos, son las dos principales fuentes materiales del Dcho. formalmente reconocidas. Otras también reconocidas son las organizaciones supraestatales regionales, la comunidad internacional, el Tribunal Supremos, las Sociedades, Asociaciones y Organizaciones sindicales o profesionales, y los sujetos privados que celebran contratos entre sí.

- Las fuentes formales del Derecho.–

Se alude a los distintos modelos o tipos normativos en que vienen expresadas las reglas que integran el Derecho, son las formas de expresión o concreción de la normatividad jurídicas. Las principales son la ley, la costumbre, los ppios. generales del Dcho., la jurisprudencia, y la doctrina jurídica o los negocios jurídicos.

El artº. 1.1 del Código Civil vigente establece que las fuentes del ord. jurídico español son la ley, la costumbre y los ppios. generales del derecho. junto a éstas hay que señalar los tratados internacionales ratificados por España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina legal, la equidad y los cojntratos y negocios jurídicos. así, pues, el orden de las fuentes formales generales del ord. jur. Español es el siguiente: ley (incluidos los tratados internacionales), costumbre, ppios. generales y jurisprudencia, como fuentes directas, junto con la equidad, como fuente indirecta. Pero, teniendo en cuenta que existen otras de carácter semigeneral o particular, el cuadro completo de fuentes formales, ordenadas jerárquicamente sería: ley, costumbre, ppios. generales, jurisprudencia, contratos y negocios jurídicos, equidad (=justicia) y sentencias o resoluciones.

Fijación de la prioridad o jerarquía de las diversas fuentes formales. La discusión teórica acerca de una fuente formal o de otra es un reflejo de las discusiones a propósito de cuál es o debe ser el sujeto social que ostenta el poder jurídico–político máximo. Si no fuese por esa carga política, el tema de la jerarquía de las fuentes formales sería intrascendente en la práctica. En los distintos momentos históricos y en las diferentes áreas culturales el orden jerárquico ha sido diverso.

Por eso, hemos de limitarnos a señalar la dirección que ha seguido el dinamismo evolutivo de la historia. Es posible concluir que la costumbre, la práctica judicial y la doctrina legal fueron, por ese orden y durante largo tiempo, los principales tipos de normas que integraban los ord. jurídicos de las sociedades organizadas. Posteriormente, por el creciente empuje del poder socio–político al que servía, se fue abriendo camino la ley hasta convertirse en la forma jurídica, no sólo predominante, sino casi exclusiva. En la actualidad, la ley ocupa la primera posición de la jerarquía normativa en la gran mayoría de los ord. jurídicos.

- LA UNIDAD LÓGICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
- El Derecho como pluralidad de normas diversas.–

El Dcho. positivo no está nunca integrado por una sola y única norma ni tampoco por un solo tipo o clase de normas. Existen multiplicidad de normas jurídicas que difieren entre sí, por la diferente época histórica en que

fueron creadas y por su ámbito de aplicación, por su jerarquía, por la materia que regulan... o por otras diversas causas.

La expresión Derecho representa una realidad que consiste en una gran multiplicidad de normas jurídicas que difieren entre sí desde muy diversos puntos de vista. Pero, al mismo tiempo, esas múltiples normas no forman un simple conglomerado casual, sino que se integran en una totalidad que actúa unitariamente sobre las multiformes relaciones sociales.

La propia funcionalidad social de las reglas de Dcho. exige una mutua complementación y dependencia. Las normas no aparecen aisladas y dispersas sino que están integradas dentro de conjuntos o sistemas regulativos unitarios, tales como Códigos, Leyes, Reglamentos, Estatutos, Ordenanzas, etc. Es decir, los preceptos o reglas de Dcho. operan siempre como parte integrantes de unidades o cuerpos normativos.

- La idea de ordenamiento jurídico. –

La multiplicidad de normas sobre las que asienta siempre el Dcho. positivo funciona como un todo unitario y dinámico, como una totalidad orgánica o sistemática que la ciencia jurídica viene designando, desde S. Romano con el nombre de ordenamiento jurídico. Los diferentes preceptos jurídicos no se hallan simplemente yuxtapuestos de forma indiferenciada, sino que presentan una articulación compleja y profunda.

¿Cuál es el factor capaz de reducir a unidad las múltiples normas componentes de un Derecho?.

Puede hablarse de cuatro agentes de unificación:

- La coincidencia espacio-temporal de las normas. Las normas jurídicas regulan la conducta de un gran grupo social asentado en un territorio claramente delimitado por unas fronteras políticas que le constituyen en una comunidad independiente de vida social a la que llamamos Estado. esas normas actúan como directrices de conducta en el momento concreto actual.
- La vinculación a un ideario político-social. Las normas se ven sometidas a la presión unificadora de una misma idea-tipo, la fuerza cohesionante del conjunto de ppios. estructuradores de la organización social. Esta coherencia cultural o ético-política interna de cada pueblo en cada momento es la que hace posible que se modifique la mayor parte de las normas jurídicas concretas sin que cambie el ordenamiento. Basta la alteración de los ppios. en los que se fundamentan y a los que sirven las normas jurídicas. Se ve, pues, la acción unificante de un nuevo factor: la vinculación a un ideario político.
- La referencia a una única autoridad central. La existencia de un poder o autoridad central capaz de garantizar la eficacia de todas las diversas normas jurídicas les imprime una unidad operativa. La autoridad o voluntad del Estado puede considerarse como la fuente unitaria de la vigencia de todos y cada uno de los preceptos jurídicos.
- El vínculo de recíproca derivación o conexión funcional. La relación de derivación y dependencia jerárquica que une a unos preceptos con otros contribuye a que el Dcho. constituya un conjunto unitario y ordenado. Así, pues, todos los diversos tipos de normas jurídicas constituyen una totalidad normativa unitaria, un sistema normativo relativamente independiente, en cuanto que todas ellas encuentran el fundamento de su validez en un solo y mismo centro de referencia a través de una articulación orgánica de producción. Así, la totalidad del orden jurídico constituye un sistema construido en forma gradual o escalonada, dado que cada grado o eslabón depende de otros y, a su vez, sostiene a otros. Y esta estructura jerárquica recorre el ord. jurídico desde la norma fundamental hasta los mandatos ejecutivos, dando orden y unidad a una multiplicidad de normas que, desde diferentes puntos de vista, son dispares.

TEMA 28.– EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA.–

- SIGNIFICADO DE LA FILOSOFÍA RACIONALISTA

Racionalismo, en un sentido general, hace referencia a la razón. habremos de considerar racionalista todo sistema, postura o tesis que de algún modo valore positivamente la función del entendimiento y sitúes a éste por encima de cualquier otra potencia o actividad.

Desde un punto de vista histórico, racionalismo es la corriente filosófica que dominó el pensamiento europeo a partir del renacimiento y que, se extendió hasta el s. XIX. El racionalismo no es una escuela filosófica, ni un sistema, sino más bien una forma de pensamiento que afectó durante más de dos centurias a diferentes escuelas y sistemas que se desarrollaron independientemente unos de otros, y a veces contradiciéndose entre sí, pero unidos todos ellos por el denominador común de la nueva concepción del mundo (y el hombre frente a ese mundo) que el racionalismo aportó. Acaso la palabra más adecuada para designar lo que fue el racionalismo sea la de mentalidad: el pensamiento filosófico y el científico de esos siglos estuvo dominado por la mentalidad racionalista.

- RASGOS FUNDAMENTALES DE LA FILOSOFÍA RACIONALISTA

La mentalidad racionalista extiende al universo el concepto de necesidad, hasta entonces reservado a Dios: en el universo rige el ppio. de necesidad. No es que se afirme que todas y cada una de las cosas sean necesarias, ni tampoco que el universo, entendido como un todo, tenga una existencia necesaria, sino que el universo tiene una estructura necesaria, una estructura racional.

Para el racionalista, todo lo que sucede no podía dejar de suceder, nada hay azaroso ni contingente, sino que todo es necesario. Lo que ocurre es que no conocemos suficientemente la estructura racional del universo, pero si una inteligencia humana potenciada llegase a conocer la situación y funcionamiento de todos los átomos que componen el universo, éste le aparecería con la claridad de un desarrollo matemático: el futuro sería para ellos predecible y el pasado deducible del presente. La invocación al azar, es para el racionalismo un fácil recurso para encubrir nuestra ignorancia de las causas que han producido ese resultado que llamamos casual; nada se produce por casualidad, sino que todo sucede obedeciendo a una férrea casualidad.

Como la matemática es la ciencia de las necesidades, la introducción en el universo del ppio. de necesidad produce la consecuencia de una matematización del pensamiento: el universo está escrito en términos matemáticos y lo único que hay que hacer es saber leerlos. Todo fenómeno natural se produce con arreglo a una razón o proporción exacta, y cuando el científico la descubre, reduce esa razón o proporción a términos cuantitativos formulando así la ley correspondiente. El gran error de los racionalistas fue que hicieron de las matemáticas el saber modelo y pretendieron que toda ciencia se construyera de modo matemático, con la misma metodología, el mismo rigor y la misma certidumbre.

Dentro del racionalismo queda totalmente sancionada la separación entre filosofía y teología, y se produce a la vez una fecunda revalorización de las ciencias de la naturaleza, que toman a su cargo problemas antaño reservados a la filosofía. Este crecimiento de la ciencia produce sobre la filosofía el efecto de orientar la especulación hacia el hombre, su espíritu y sus facultades, pasando muy a primer término el problema del conocimiento, que constituirá tema preferente para todos los racionalistas.

Confianza en la razón humana, de la que se piensa que es capaz de llegar a desvelar todo misterio y a resolver todo problema; idea que se complementa con la del progreso: el hombre progresa continuamente en el conocimiento del mundo en un avance indefinido que sólo terminará cuando la razón humana haya conseguido desentrañar todo el misterio que se esconde en el universo.

Corrientes o direcciones: racionalismo continental, que se inicia con Descartes y se cierra con Leibniz; empirismo inglés, que va de Hobbes a Hume y formalismo de Kant.

- EL DERECHO NATURAL RACIONALISTA, SUS POSTULADOS BÁSICOS
- Desvinculación del derecho natural respecto de Dios.–

Dios ya no es la fuente de toda moral y todo derecho, sino que ambos ordenamientos radican de modo primario en la naturaleza racional del hombre; es en la razón humana donde hay que buscar el fundamento de la norma, y esa razón natural es autónoma respecto de todo, incluso de Dios.

- Construcción del derecho natural por la razón.–

La fe en el poder de la razón llevó a los autores de esta escuela a la creencia de que sería posible construir un amplísimo sistema de derecho natural, con contenido máximo, mediante sucesivas y reiteradas operaciones lógico–deductivas que, a partir de los preceptos naturales ya existentes o conocidos, permiten obtener otros nuevos, ampliándose el ordenamiento jurídico–natural de modo potencialmente indefinido.

- Status naturalis y Status civilis.–

Se distingue entre un estado del hombre individual, anterior a su convivencia política (status naturalis), y otro posterior a su inclusión en las formas sociales (status civilis); el hombre, naturalmente, es un ser asocial y si históricamente lo hallamos constituyendo sociedades políticas, ello es un simple estado adventicio, una situación que adviene al hombre y que, no se desprende de su naturaleza. Sin embargo, mientras para unos autores tal situación prepolítica fue un estadio histórico vivido para la humanidad, para otros, es una ficción, una hipótesis de trabajo necesaria para explicar el status civilis posterior.

- Pactismo.–

El tránsito del status naturalis al civilis está explicado por la teoría del pacto, según la cual lo que da origen al nacimiento de la sociedad es un contrato o convenio establecido entre los hombres en el estado de la naturaleza; suelen distinguirse dos pactos sucesivos: el pactum unionis, por el que se decide la constitución del grupo social, y el pactum subjectionis, por el que dicho grupo, ya constituido, acuerda someterse a una autoridad. En consecuencia, el Estado es concebido no como una institución natural, sino como una creación convencional y artificial que debe su origen y existencia al individuo, ya que ha nacido por voluntad de éste. Y así ocurre con las demás instituciones de carácter social: la familia, las sociedades políticas menores, las asociaciones corporativas, etc, no son naturales, sino creaciones voluntarias y libres de los hombres. La misma Iglesia no se concibe más que como una libre fraternidad universal en la que los hombres se han agrupado. Sin embargo, no todos coinciden en la consideración del pacto como un hecho histórico. Para unos, el convenio constitutivo de cada sociedad fue un hecho real, lo que explicaría la existencia de diferentes Estados, nacidos de los respectivos pactos. Para otros, el contrato es una simple hipótesis para explicar la actual configuración social: ésta se nos muestra como si hubiera procedido de un pacto entre los hombres.

- La naturaleza humana empírica como punto de partida.–

En la doctrina tradicional los preceptos del derecho natural se obtenían a partir de una serie de tendencias yacentes en la naturaleza humana. Todavía en Grocio se aprecia la concepción unitaria en cuanto que considera como fundamento del derecho natural la naturaleza social del hombre, pero a partir de él va a cambiar el punto de vista. Cada autor va a atender a la naturaleza empírica del hombre y va a fijarse en ésta o aquélla tendencia psicológica determinada que considere como más característica; partiendo de estas distintas tendencias se construyen los distintos sistemas iusnaturalistas: para Puffendorf la tendencia fundamental es la sociabilidad; para Tomasio, la apetencia de felicidad; para Hobbes, el egoísmo; para Rousseau, la bondad.

- Separación entre moral y derecho.–

Se produce en los autores del iusnaturalismo racionalista una separación entre derecho y moral que, en

general, consiste en atribuir al derecho la regulación de los actos externos, que quedan substraídos a las normas de la moral, mientras que ésta sólo se ocupa de los actos internos del sujeto, sobre lo que no cabe una calificación jurídica; quedan separados, sin que pueda darse relación entre ambos ordenamientos ni, por tanto, influencia alguna de uno a otro.

Tema 6.- DERECHOS Y USOS SOCIALES.-

- LA SIGNIFICACIÓN NORMATIVA DE LOS USOS SOCIALES Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO
- La significación normativa de los usos sociales.-

¿Son o no son verdaderas normas de la conducta humana, como lo son el Dcho. y la Moral?.

Respuestas encontradas. No es admisible la doctrina de la especificidad e independencia normativa de los usos sociales porque éstos no realizan ni pueden realizar ningún ppio. originario de valoración de las conductas. Y, en consecuencia, constituyen una zona intermedia y difusa que está perdida entre las dos únicas posibles normatividades genuinas (la Moral y el Dcho.). Sólo puede haber dos criterios o ppios. de valoración ética de las conductas: la relación con el propio sujeto que las realiza y la relación con los otros sujetos. El primero da origen a la moralidad y actúa a través de las normas morales; el segundo constituye la juridicidad y se realiza en las normas jurídicas.

Los usos sociales constituyen un tipo peculiar e independiente de normatividad, cuya función es realizar dentro de la sociedad el valor de lo conveniente y oportuno desde el punto de vista de la buena educación. Las buenas costumbres contribuyen a un desarrollo respetuoso y gratificante de las relaciones que se producen dentro del sistema social de vida. Y, si su acción falla, entonces la vida social se deteriora. Los usos sociales son un elemento ordenador que no puede estar ausente del sistema social de vida. Los usos cumplen, dentro de la normatividad social, una misión importante y del todo necesaria. En consecuencia, presentan una independencia funcional y estructural que justifica que sean considerados como un tipo peculiar distinto de normas o reglas de la vida social.

En épocas primitivas, los usos o costumbres contenían toda la normatividad ética del grupo; en la actualidad son un sector importante de la normatividad ética.

- Las relaciones entre el Derecho y los Usos.-
- PUNTO DE VISTA HISTÓRICO (dos bloques complementarios)

La actual yuxtaposición de distintos órdenes o sistemas de normas dentro de la sociedad es, sin duda, resultado de una larga evolución quem partiendo de la inicial unidad ética indiferenciada, se ha prolongado durante varios milenios y ha avanzado al paso del desarrollo de la complejidad social. Por eso, la normatividad ética de la actualidad se presenta como un trenzado en el que están entretejidas y mezcladas las normas de los distintos sectores y códigos.

A pesar de la diversidad funcional en que se han desarrollado, lo diversos sistemas de normas responden a un mismo elemento estructural de base. En todas las relaciones de la vida, el hombre se plantea el proyecto de actuar correctamente, si bien logra la corrección de diferente manera en los distintos campos de actuación: haciendo lo oportuno (usos sociales), obrando con justicia (dcho.) o haciendo el bien (moral). Todas estas maneras convergen complementariamente para que el hombre pueda realizar de modo más fácil su destino o proyecto vital.

Así que, dentro de la perspectiva histórica, el Dcho. y los Usos sociales aparecen como dos partes o sectores de la normatividad global que rige la vida de los hombres dentro de la sociedad. Son, pues, dos bloques complementarios de la ética social, que se ocupan de regular unas u otras relaciones sociales por efecto de una

simple determinación histórica más que en virtud de una previa distribución general de carácter lógico o sistemático. Resulta imposible establecer a priori cuáles son las relaciones sociales que por sí mismas van a tener tal importancia que han de ser inequívocamente reguladas por el Dcho.. Es la historia la que determina en cada etapa cuáles tienen una importancia vital para la vida social y cuáles no. De ahí, que resulte insatisfactorio el intento de diferenciar al Dcho. de los Usos sociales por la materia que cada uno regula.

- PUNTO DE VISTA SISTEMÁTICO

(coincidencia / complementación / apoyo funcional / confrontación)

La relación se manifiesta de muy diferentes maneras y avanza en direcciones bastantes dispares.

En primer lugar, hay una parcial coincidencia de regulación, tanto material como formal, con frecuencia Dcho. y Usos sociales regulan simultáneamente unas mismas relaciones o comportamientos y los regulan también en el mismo sentido. Hay también una relación de complementación o remisión, no sólo general e implícita (los Usos ocupan siempre aquella zona de reglamentación social no cubierta en cada momento histórico por las normas jurídicas), sino también particular y explícita (con alguna frecuencia, las normas jurídicas se remiten, para su propia delimitación, a la determinación social de los usos).

Los Usos pueden y suelen proporcionar al Dcho. un general apoyo funcional si el sentido de la regulación jurídica coincide con los esquemas normativos de las reglas convencionales. Este apoyo genérico y global ofrece manifestaciones concretas, como pueden ser la formación del dcho. consuetudinario, en base a la práctica fáctica y normativa, o la recepción legislativa de amplios sectores de orden social firmemente estructurados con anterioridad por los Usos. Igualmente, hay que incluir como apoyos funcionales concretos todos aquellos casos en que los Usos resultan imprescindibles para integrar el alcance y fuerza normativa de reglas jurídicas basadas en conceptos legales indeterminados, tales como desorden, injuria, atentado a las buenas costumbres, etc.

En múltiples ocasiones Dcho. y Usos entran también en confrontación. Ello puede ocurrir cuando los usos han perdido su primitivo sentido y racionalidad, siendo rechazados y combatidos por el posterior desarrollo de las relaciones sociales, o cuando las exigencias de los usos de grupos parciales llegan a contradecir las exigencias generales del grupo global. En tales supuestos el hombre tiene que liberarse mediante la ayuda del poder jurídico. Y se produce entonces una prueba de fuerza de estos dos órdenes de normas. Si la norma jurídica contraria al uso cuenta con el apoyo de concepciones generales que desvalorizan como mal uso, como opuesto a las buenas costumbres primordiales, el comportamiento combatido, entonces tiene buenas perspectivas de éxito. En caso contrario, su triunfo resultará altamente problemático.

Conclusión: los usos sociales desempeñan de alguna forma una función de complementación del Dcho., actuando en ocasiones como motivo o acicate de su desarrollo y transformación. Pero ambos aparecen también simplemente yuxtapuestos en amplios sectores de la vida social sin ningún tipo de influencia mutua y ambos códigos conservan, incluso cuando entran en contacto recíproco, su propia independencia normativa.

- REFERENCIA A LOS PRINCIPALES CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE DERECHO Y USOS SOCIALES

Partiendo de la idea de que los Usos constituyen una normatividad social peculiar, de su distinción frente al Dcho., pueden destacarse las siguientes: materia o sector de la conducta regulada, estructura lógica de las respectivas normas, modo de imponerse al sujeto y relación de las normas con la coacción.

- La materia o sector de la conducta que regulan.–

A diferencia de la Moral, Usos y Dcho. regulan fundamentalmente las actuaciones o comportamientos

externos, atendiendo al punto de vista del cumplimiento exterior. Pero, según algunos autores, ambos se ocupan de distintos sectores de esa conducta exterior, regulando, por tanto, distintas materias.

Ahora bien, existe históricamente un entrecruzamiento de ambas regulaciones, de tal modo que hay un gran número de materias o conductas que unas veces son reguladas por el Dcho. y otras por los Usos. En consecuencia, ha de admitirse que no hay relaciones sociales que correspondan en exclusiva a cada uno de los dos tipos de normas.

Lo único que podría afirmarse, en todo caso, es que el Dcho. se ocupa siempre de aquellas conductas relativas a las relaciones sociales consideradas por el grupo como importantes para la conservación y el buen funcionamiento de la vida social, mientras que los usos regulan aquellas otras conductas que, siendo de interés para el más correcto desarrollo de las relaciones sociales, no afectan al orden básico o a los valores estructurales del sistema. El Dcho. regula aquellas relaciones en las que están implicados problemas de justicia. Los Usos, las relaciones en las que aparecen problemas de oportunidad y decoro.

- La estructura lógica de las normas.–

La verdadera distinción entre los Usos y el Dcho. radica en la diferente estructura lógica de las respectivas normas. Aunque ambas son objetivas, las normas convencionales carecen de la bilateralidad propia de las normas jurídicas.

A pesar de que ambos tipos de reglas se dan por la corrección de los sujetos a los que se refiere la conducta regulada, cada uno de ellos asigna distinto papel a los sujetos implicados en la relación. El Dcho. posee estructura bilateral o impero-atritutiva, los Usos son unilaterales o imperativos, no atribuyen al mismo tiempo a los sujetos beneficiarios la facultad o poder de exigir el cumplimiento de esos deberes.

- El modo de dirigirse al sujeto.–

Los Usos son heterónomos, por cuanto vinculan al sujeto por su pertenencia a un círculo social determinado y con independencia de que ese sujeto los acepte o no. En este caso coincide con el Dcho..

Ahora la sociedad crea e impone al individuo los Usos sociales de una forma natural y espontánea, de un modo informal, impreciso y anónimo, y le exige el cumplimiento de un modo también genérico y difuso. Por el contrario, el Dcho. es un expresa y formalmente buscado, formulado con precisión técnica, cuyo cumplimiento viene exigido a través de órganos institucionalizados.

Dcho. y Usos son coincidentemente heterónomos pero de manera diferente: los dos imponen al sujeto sin contar con su consentimiento, pero el grado de presión que ejercen sobre él es distinta.

- La relación con la coacción.–

La principal distinción entre ambos está en la diferente forma de imperio y en la diferencia en el tipo de sanción. Los Usos no llegan jamás a la imposición forzada, posibilidad ésta que es esencial en el Dcho.. El Dcho. es esencialmente coactivo, los Usos no.

Los Usos no disponen de la posibilidad (inherente al Dcho) de forzar el cumplimiento de la norma. Las sanciones impuestas por el incumplimiento de las reglas de trato social son solo expresivas de una censura o rechazo; en cambio, las sanciones jurídicas consisten en la ejecución forzada de la conducta prescrita. La sanción jurídica es organizada, encomendada a un amplio aparato coactivo (policíaco, judicial, penitenciario...) y objetiva, en cuanto que está fijada en la norma y es la misma para todos los infractores. En cambio, la sanción de los Usos es más desorganizada y difusa y mucho menos objetiva, dependiendo su gravedad en gran medida de la personalidad social del sujeto, de su influencia o poder y de las circunstancias

sociales. Además la sanción del Dcho. es reiterada, no permite que se siga violando impunemente la norma una y otra vez y se intensifica o agrava por causa de la reincidencia.

En definitiva, la diferencia entre Usos y Dcho. por razón de su relación con la coacción se reduce a una diferencia en el tipo de sanción. Y es el mecanismo o aparato sancionador, el que decididamente separa el Dcho. de los convencionalismos sociales. El mecanismo sancionador de las normas jurídicas es un aparato organizado, institucionalizado e identificable. El de los usos es la presión, es la constricción inespecífica y difusa, desorganizada, que el grupo ejerce sobre los individuos.

El Dcho. sirve a la finalidad de establecer una convivencia pacífica y ordenada, tendiendo a la realización del valor de la justicia, los Usos sirven a la finalidad de facilitar y suavizar las relaciones sociales, de hacerlas más agradables, menos hirientes, realizando el valor del decoro, de la conveniencia y oportunidad social, de la elegancia. Ambos valoran y regulan la conducta humana en función de distintos criterios y eso hace que su estructura lógica sea diferente, que tengan o no tengan órganos específicos para exigir su cumplimiento y que sean o no sean coactivos.

Tema 5.- MORAL Y DERECHO.-

• RELACIONES Y SISTEMÁTICAS ENTRE DERECHO Y MORAL

El comportamiento de los hombres dentro de la vida social está sometido a menudo a la simultánea dirección de la normatividad moral y de las normas jurídicas. En la gran mayoría de los casos ambas regulan conductas coincidentes. Ello confirma la percepción intuitiva de que Derecho y Moral forman parte de un mismo sistema normativo.

• Planteamiento y breve referencia histórica.-

Desde el punto de vista histórico, la formulación de que Derecho y Moral son dos tipos radicalmente diferentes e independientes de normatividad ética es una conquista reciente del pensamiento humano. La distinción y separación han sido el resultado final de un largo esfuerzo por elevar a un plano racional y sistemático el progresivo divorcio que la práctica de la vida social había ido introduciendo entre ellos. Ha de afirmarse la existencia de una primera y larga etapa en la que predominó la indistinción total o casi total entre Moral y Derecho, aunque aparecieran ya atisbos de distinción propiciados por el dubitativo avance de la conciencia secularizadora y crítica de los hombres. Diferenciación entre las normas impuestas por los gobernantes y la regulación sacro-tradicional que se mantenía siempre a resguardo de la voluntad y de la acción de los hombres (contraposición griega fisis-nomos y romana fas-ius).

La distinción se desarrolló en la Edad Media y parte de la Moderna. Derecho y Moral seguían todavía estrechamente vinculados como parte de una realidad superior: la Ética (el Dcho., en cuanto objeto de la justicia, no era más que una simple parcela del gran orden moral del Universo). Pero eran entendidos como realidades distintas, ya que el Dcho. (o ley humana positiva) ocupaba un sector propio dentro del amplio campo de la normatividad moral, si bien estaba sometido en su misma razón de ser y en su funcionamiento a las exigencias de la normatividad moral superior (manifestación de la ley eterna divina a través de la ley natural).

Avanzada la Edad Moderna, la distinción teórica fue explícitamente formalizada (s.XVII y XVIII) gracias al esfuerzo teórico que desarrollaron Tomasio y Kant y debido a factores tales como la liquidación de la vieja sociedad teocéntrica, la coexistencia de confesiones religiosas dentro de una misma unidad política y la consiguiente ruptura de la unidad filosófico-teológica. El Derecho se vio obligado a alejarse de una Moral profundamente mediatizada por las distintas creencias religiosas. Se hizo necesaria la separación entre Moral y Derecho, a fin de que el mundo de la vida interior (Moral/Religión) quedase sustraída a la intervención del respectivo poder político, para que existiera una verdadera libertad de conciencia.

Según Tomasio, la búsqueda humana de la felicidad se ve apoyada por tres tipos de reglas: las del decoro, la de la honestidad y las de la justicia. las de la honestidad (=Moral) tienden a procurar la paz interior, se ocupan del fuero interno, obligan en conciencia y no son coactivas, imponen deberes imperfectos. Las de la justicia (=Derecho) tienden a procurar la paz externa, conciernen sólo a la exterioridad de las acciones, regulan las relaciones con los demás y son coactivas, imponen deberes perfectos.

Según Kant, las leyes morales se refieren a la libertad interna, exigen el cumplimiento por razón de la ley misma, son autónomas y no son ni pueden ser coactivas. El Derecho tiende a la protección de la libertad en su manifestación externa, impone deberes externos, se satisface con una conducta exterior ajustada a la norma, es heterónomo y es también esencialmente coactivo.

Según Fichte, la distinción puede llegar a extremos de contradicción, por cuanto las normas jurídicas pueden considerar ilícitas e incluso obligatorias conductas que están claramente prohibidas por la ley moral.

Finalmente la distinción entre el Derecho y la Moral dominó los s.XIX y XX mediante el positivismo jurídico. Han subsistido, sin embargo, algunas excepciones que propugnan la integración de ambos como dos partes o elementos de la Ética y que reivindican la dimensión social de ésta.

- Relaciones sistemáticas entre Derecho y Moral.–

Dado que la conducta humana está sometida simultáneamente a las normas morales y jurídicas, la distinción conceptual entre Moral y Derecho no puede pretender implicar ninguna especie de separación existencial o funcional de los mismos. Lo deseable es que la reglamentación jurídica sintonice al máximo con las creencias y convicciones morales. Para pronunciarse sobre el tipo de relaciones sistemáticas que puede/debe haber entre ambos, hay que considerar dos supuestos fácticos diferentes: unidad de sistema moral y pluralidad de sistemas morales.

En el primero, en el caso de que en la sociedad a la que corresponde un determinado sistema jurídico haya un sistema moral unitario y coherente, no parecen admisibles las contradicciones estrictas entre Moral y Dcho. Puede ocurrir que no exista una coincidencia plena, en el sentido de que el Dcho. permita muchas conductas sociales prohibidas por la Moral, ya que el Dcho. no tiene por qué mandar o prohibir todo lo moralmente bueno o malo, sino sólo aquello que afecta a la vida social.

En el segundo, cuando las convicciones morales vigentes en una sociedad presentan fracturas, división y oposiciones, será inevitable que existan contradicciones entre Moral y Derecho. En estas situaciones habrá un núcleo de convicciones o valores morales básicos comúnmente aceptados por la gran mayoría de los miembros de la sociedad, para la supervivencia del grupo. Pero habrá otra serie de aspectos o materias sobre los que no exista coincidencia de valoración entre las diversas doctrinas morales sustentadas por diferentes grupos sociales. Y es casi inevitable la aparición de contradicciones entre el Dcho. y algunos de los códigos morales vigentes en la sociedad, planteándose un serio problema de decisión o de elección, tanto para los individuos como para la comunidad.

Para los individuos es el conflicto entre dos deberes opuestos: el de obediencia a las leyes civiles y el de sometimiento al dictamen de la propia conciencia. Para la comunidad, decidir qué actitud puede–debe adoptar el Dcho. ante el pluralismo moral actuante en el seno de la sociedad. Sólo caben dos opciones políticas fundamentales: una de máximo respeto a la libertad del individuo–persona, que propugna que el Dcho. debe regular sólo el mínimo necesario para la conservación de la vida social, y otra, partidaria de la beligerancia moral del Dcho., que exige de éste que contribuya positivamente a implantar en la sociedad los ppios. de una moralidad considerada superior.

El dilema, por una parte, es que el Dcho. está siempre al servicio de la persona humana individual (dimensión comunitaria). Y por otra parte, la regulación jurídica ha de ser general y uniforme para todos los miembros de

la sociedad, resultando difícilmente asumible la tesis de la simple subordinación a las exigencias no-generalizables de los diferentes códigos éticos presentes en la sociedad.

Puede concluirse que el respeto del Dcho. a la privacidad y autonomía moral del individuo es un postulado primario de la organización social, pero que, en caso de conflicto, ha de ceder ante las exigencias del respeto general a las convicciones éticas de la mayoría de los ciudadanos y a los valores fundamentales de la sociedad justamente ordenada.

- REFERENCIA A LOS PRINCIPALES CRITERIOS UTILIZADOS PARA DISNGUIR EL DERECHO DE LA MORAL
- El distinto carácter de las conductas reguladas.– (internas/externas)

Siguiendo a Tomasio y Kant, el Dcho. y la Moral se diferencian por la distinta materia regulada, la Moral regula sólo las conductas internas y las normas jurídicas las externas. Sin embargo esto no es totalmente correcto, ya que no es posible el aislamiento de acciones puramente externas de las internas.

Por una parte, la regulación de la Moral afecta a toda la conducta humana (incluidas las externas) y, por otra, el Dcho. toma a menudo en consideración aspectos internos tales como planes, sentimientos o intenciones.

Por eso, parece inevitable precisar que la Moral regula absolutamente todo el comportamiento humano, pero desde el punto de vista de la interioridad, de la intencionalidad; el Dcho. se preocupa fundamentalmente de las implicaciones externas de la conducta, ya que se trata de garantizar la paz y seguridad de la vida social. En esa medida, regula prioritariamente las conductas externas y sólo toma en consideración la interioridad o intencionalidad en cuanto que esa dimensión llega a manifestarse en la conducta exterior, haciéndose captable y mensurable.

- La diversa estructura lógica de las respectivas normas.–

Moral y Derecho se diferencian porque las normas morales son subjetivas y unilaterales y las jurídicas son objetivas y bilaterales. El Dcho. tiene una naturaleza imperativo-atributiva y la naturaleza de la Moral es puramente imperativa.

La Moral es subjetiva por cuanto se refiere al sujeto en sí mismo, regula la conducta en atención a su propio interés sin que la estructura incluya ningún comportamiento de ningún otro sujeto. Los deberes morales no comportan nunca en sí mismos una correlativa legitimación social para la exigencia de su cumplimiento. La Moral es unilateral porque, frente al sujeto a quien obliga, no sitúa a ninguna otra persona que esté legitimada por la misma norma moral para exigirle el cumplimiento de ese deber.

El Dcho. es objetivo por cuanto regula la conducta relativa o relacional de los hombres, valorando esa conducta en referencia a la propia estructura y virtualidad de la vida social, no en atención al interés del sujeto obligado. Establece límites para el contenido o alcance de sus preceptos: la medida del deber que impone está en la posibilidad jurídica (=dcho.) que otro sujeto diferente (y normalmente contrario) tiene de intentar eficazmente que ese deber sea cumplido. Es bilateral puesto que las normas jurídicas asignan al mismo tiempo la obligación de un sujeto y la correlativa exigencia de otro, atribuyen posibilidades de exigir el cumplimiento de los deberes que imponen y hacen inevitable que existan unos órganos ante los que pueden ser ejercitadas esas posibilidades o facultades (=dchos.), así frente al deber jurídico, existe siempre un dcho. correlativo.

- El modo de imponerse al sujeto (autonomía y heteronomía).–

La distinción entre Moral y Dcho. deriva del carácter autónomo de la primera y el heterónomo del segundo. En la doctrina ética kantiana la Moral es constitutivamente autónoma porque el sujeto, para obrar moralmente, ha de actuar según el ppio. de la razón práctica universal, de tal modo que la máxima de su conducta sea

válida para todos los seres racionales. El sujeto, cuando se somete a la ley moral, se somete a su propia ley, es decir a la ley de la racionalidad, de la que él mismo es legislador en cuanto ser racional. El Dcho. es heterónomo, puesto que, cuando el sujeto se somete a sus normas, no lo hace por la coincidencia de éstas con su propia ley de racionalidad, sino por motivaciones o consideraciones extrañas. Al obedecer al Dcho. no está siendo legislador de sí mismo.

Esta concepción tradicional ha sido, sin embargo, negada.

Desde el punto de vista del sujeto individual obligado, Moral y Dcho. son igual o paralelamente heterónomos por lo que la diferencia entre ambos ha de quedar reducida al modo de imponerse. Las normas morales se constituyen en tales para el individuo a través del asentimiento o reconocimiento de éste. Una norma moral obliga al sujeto en tanto en cuanto el sujeto le reconoce la virtualidad de obligar y acepta estar obligado por ella. Cualquier norma moral dejaría de ser verdaderamente moral, si el sujeto no la reconoce en su conciencia como norma que debe cumplir. Las motivaciones o ppios. de acción son los que más profundamente determinan la moralidad de las conductas.

Las normas jurídicas se constituyen en tales para el individuo independientemente del asentimiento o reconocimiento de éste. La obligación jurídica es establecida por el Dcho. de una manera pura y exclusivamente objetiva, con total independencia de lo que piense o sienta el sujeto en su interior. El sujeto está obligado a la conducta que le impone la norma jurídica, tanto si está conforme con ella como si no lo está.

Mientras que el Dcho. es una normatividad estructural y funcionalmente heterónoma, la Moral es un código normativo cuya capacidad directiva depende de la aceptación de los propios sujetos obligados, siendo, en consecuencia, autónoma.

- Distinta relación con la coacción.-

Moral y Dcho. se distinguen por la diferente vinculación que tienen con la posibilidad de recurrir a la coacción para conseguir el cumplimiento de las conductas que imponen. Las normas morales se caracterizan por establecer unos deberes cuyo cumplimiento es incompatible con cualquier tipo de realización forzada, mientras que en el Dcho. la posibilidad de que el cumplimiento sea impuesto por la fuerza es consustancial.

Frente a la coercibilidad del Dcho., se destaca, la también natural no-coercibilidad de la Moral, el cumplimiento de las normas morales no puede deberse nunca exclusivamente a la amenaza de la coacción. Las sanciones y la coacción pueden acompañar a la norma moral, pero no van ni pueden estar implicadas en la estructura de la misma.

En el Dcho. la posibilidad del recurso a la imposición forzada forma parte de su estructura, de tal modo que un ordenamiento jurídico del que hubiese desaparecido la previsión de las medidas coactivas quedaría desvirtuado como tal Dcho. y se convertiría en un código de buenas costumbres o de moralidad social positiva. Su aplicación no puede depender de la voluntad fortuita e imprevisible de los llamados a cumplirlo. Por eso, el cumplimiento de los deberes jurídicos es exigible por una imposición coercitiva que haga imposible la arbitraria oposición de los destinatarios.

- La distinta finalidad o función social que desempeñan.-

Hemos de preguntarnos por qué las normas morales implican la intencionalidad del sujeto y las jurídicas se conforman con el comportamiento meramente externo; por qué las morales imponen solo deberes y las jurídicas imponen deberes y atribuyen derechos; por qué las morales solo obligan a aquéllos que aceptan y reconocen su fuerza vinculante y las jurídicas obligan con independencia total de la aceptación de los destinatarios; por qué las morales no son exigibles por la fuerza y las jurídicas, en cambio, implican siempre la coercibilidad.

Dcho. y Moral son dos realidades y cada una cumple una misión específica, peculiar y exclusiva y esa misión es la que determina y define su propio modo de ser. La pregunta clave sería ¿por qué (=para qué) han inventado los hombres los dos códigos normativos de Moral y Derecho?. De ahí que haya que prestar atención al análisis del criterio diferenciador basado en la respectiva finalidad o funcionalidad.

El fin que se propone el Dcho. de manera inmediata y directa es conseguir el mantenimiento y el adecuado desarrollo de la vida social. Por tanto ha de regular todas aquellas manifestaciones de la vida comunitaria que interfieran de manera suficientemente importante en el mantenimiento o en la ruptura de la convivencia social y ha de regularlas de tal manera que resulte posible llegar a conseguir con las máximas garantías el objetivo final que el propio Dcho. se propone. En cambio, la Moral tiene como finalidad específica la consecución de la perfección o plenitud vital del individuo, tanto en el logro de la felicidad humana como en el aseguramiento de su destino eterno. La Moral responde a la necesidad que siente el individuo de estar en paz consigo mismo. Por consiguiente, las normas morales han de regular todos aquellos aspectos o manifestaciones del comportamiento humano que afecten a ese fin o interés primario del propio sujeto.

Son estas diferentes finalidades las que determinan la real y profunda diversidad que separa a los dos tipos básicos de las normas éticas. Al estar orientados a distintas necesidades de la vida humana, Moral y Dcho. han de colocarse inevitablemente en distintas perspectivas cuando establecen la regulación del comportamiento. El Dcho. contempla las acciones humanas desde un punto de vista social, atendiendo a las consecuencias que esas acciones van a tener para la vida del grupo. La actitud o disposición del ánimo del sujeto sólo le interesa en cuanto que puede traducirse en alguna consecuencia social importante. La Moral contempla la conducta humana desde el punto de vista subjetivo de la actitud o disposición anímica en que está y con la que actúa el destinatario de la norma.

Dcho. y Moral adoptan un distinto modo de operar. La Moral impone deberes a los sujetos sin ser coactivas. El Dcho. además de los deberes que impone a unos sujetos atribuye simultáneamente dchos. correlativos a otros sujetos de esa normatividad y establece un sistema capaz de conseguir el objetivo del orden y la paz social por encima de todo.

La finalidad o función social que justifica y condiciona su existencia parece ser, pues, la raíz última y definitiva de las varias diferencias que existen entre la Moral y el Dcho.

- PROBLEMAS QUE PLANTEA EN LA ACTUALIDAD LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

El s.XX ha sido testigo de un proceso de intensificación de la contraposición de Dcho. y Moral.

Hoy, además de desaparecer casi totalmente la unidad religiosa en las sociedades, ha desaparecido unidad ética: tras el pluralismo religioso se ha generalizado el pluralismo moral, lo que ha favorecido la tendencia a que el Dcho., que ha de ser general y común para todos los miembros de la sociedad, sea también básicamente amoral, neutral desde el punto de vista de los códigos morales particulares. En caso contrario correría el riesgo de contribuir a la multiplicación de la división y los conflictos.

Pero todavía se mantiene viva en muchos ámbitos la vieja idea de la vinculación moral del Dcho.. Incluso ha logrado un cierto crecimiento progresivo a partir de la II G. Mundial por el menosprecio de algunos de los valores morales básicos de la cultura occidental. Con la pregunta de si el Dcho. puede ser tal Dcho. cuando no ordena correctamente la vida, cuando no es suficientemente justo, cuando no se pone al servicio de la persona humana, se cuestiona si toda la razón de ser del Dcho. se reduce a un desnudo mandato del poder legítimamente constituido, que viene respaldado por la fuerza organizada de ese poder, o si es más bien un instrumento al servicio de la dignidad moral del hombre.

Hoy, se le exige insistentemente al Dcho. que sea respetuoso con las convicciones éticas particulares de los ciudadanos. Ejemplo: dcho. a la objeción de conciencia. Así, aunque dentro del ámbito de la elaboración

doctrinal se sigue afirmando la distinción/separación entre la Moral y el Dcho., en el campo de la filosofía política se va abriendo el camino a la defensa de un condicionamiento moral de la normatividad jurídica cada vez más fuerte y extenso.

TEMA 23.- LA IDEA IUSNATURALISTA EN EL PENSAMIENTO CLÁSICO (Continuación).-

• LA FILOSOFÍA DEL HELENISMO: SU PREFERENCIA POR EL TEMA MORAL

Se abre en la filosofía griega un período con características muy peculiares, que le vienen, en parte, de las grandes transformaciones políticas que operan en Grecia a partir de la segunda mitad del s. IV a. de C.. La reflexión filosófica abandona el tema metafísico, con lo que el nivel de pensamiento disminuye. Todo ello corre parejo con la decadencia que se aprecia en la producción de las demás esferas culturales griegas, lo cual parece obedecer a una regla histórica bien conocida y confirmada: que después de una etapa de esplendor en un determinado ámbito cultural, adviene otra en que todas las producciones experimentan un notable descenso y entran en una fase de reposo.

El abandono de la metafísica tiene como lógico correlato el que la atención se centre sobre la filosofía práctica, que no es otra cosa, en definitiva, que la ética.

Esta predilección por los temas morales pudo deberse también a la quiebra de la Ciudad-Estado, concepción política que se ve superada por estructuras muchas más amplias, en la que queda subsumida, a partir de la creación del Imperio del Alejandro: la polis deja de ser el centro de imputación de lo político para dejar paso a la cosmópolis; el individuo se ve solo y anonadado ante un poder inmenso, comprende que ya no puede intervenir en la gestión de la cosa pública y se repliega sobre sí mismo, se desentiende de cuanto sucede a su alrededor para ocuparse únicamente de su propia felicidad. En todos los sistemas helenistas, el esfuerzo de la filosofía se concentrará en la realización del ideal del sabio que no es otro que hallar el verdadero camino para alcanzar la felicidad.

• EL ESTOICISMO: DE LA FILOSOFÍA GRIEGA AL PENSAMIENTO ROMANO

En la etapa helenista subsisten la Academia platónica y el Liceo aristotélico. Pero lo que tipifica la época es la aparición de una serie de sistemas filosóficos nuevos. De ellos, el de mayor importancia es, sin duda, el estoicismo, que constituye la afirmación más contundente del iusnaturalismo dentro del pensamiento precristiano. Fundado por Zenón de Kitión. El término estoico procede del lugar –un pórtico, Stoá en griego– en que Zenón empezó a impartir sus enseñanzas.

• Períodos.-

El estoicismo no es propiamente una escuela filosófica, ya que se dilató enormemente en el espacio y en el tiempo.

Suele distinguirse tres épocas:

- Estoicismo antiguo. Zenón, Cleantes y Crisipo. En esta primera etapa se construyen las bases del sistema, que incorpora precedentes heraclíteos, platónicos, aristotélicos y, en la moral, cínicos, sin que por ello resulte una doctrina ecléctica, ya que dichos antecedentes se amalgaman sabiamente en un pensamiento de fisonomía propia.
- Estoicismo medio. Panecio y Posidonio. El contacto con otras ideas obliga a la doctrina estoica a buscar unas posiciones de mayor flexibilidad, abandonando el rígido dogmatismo de la etapa anterior mediante la incorporación de ciertas tesis procedentes de otros sistemas. Tiene un carácter más ecléctico y se desarrolla en los s. II y I a. de C.
- Estoicismo nuevo. Séneca, Cayo Musonio Rufo, Epicteto y el emperador Marco Aurelio. S. I y II de la Era

cristiana y es ya plenamente romano. Significa, en general, una vuelta a la pureza dogmática del estoicismo antiguo, abandonando el eclecticismo de la etapa media, aunque se advierte también en estos últimos estoicos una doctrina moral más humanizada, frente al rigorismo de los primitivos.

- Principales tesis. –

Esta dirección filosófica, a pesar de su dilatada vida de casi quinientos años, supo mantener un cuerpo de doctrina en todo su desarrollo.

- El concepto de naturaleza. La phýsis estoica es una naturaleza común, que comprende unitariamente a la totalidad de los seres, cualquiera que sea su condición o dignidad; por otra parte está transitada toda ella de un ppio. espiritual y divino, de manera que viene a ser una naturaleza viva, divinizada y, por lo mismo, racional, dando origen así a una visión panteísta del mundo.
- La negación de la esclavitud. Participando todos los hombres de esa misma naturaleza común, no tiene sentido una institución como la esclavitud. La esclavitud es un simple hecho social que en modo alguno puede justificarse con motivaciones metafísicas.
- Fraternidad. Como consecuencia también de la comunidad de naturaleza, existe entre todos los hombres una fraternidad que obliga a la práctica del amor, de la filantropía extendida a todo el género humano; el estoicismo llega así a ser, dentro del pensamiento pagano, la doctrina más enaltecedora de los valores humanos: el hombre es algo sagrado para el hombre.
- Cosmopolitismo. Todos los hombres somos ciudadanos de un Estado universal, siendo las diferencias nacionales puramente adjetivas y circunstanciales. Esta comunidad universal no se basa únicamente en fundamentos metafísicos –la naturaleza común–, sino también en razones históricas: la crisis del ideal de la polis con la realización del imperio alejandrino; la tesis cosmopolita va a ser especialmente atractiva para el estoicismo nuevo, que vive dentro del imperio romano y, por supuesto, para Marco Aurelio, que ve así justificada filosóficamente su actividad política: "Por ser Antonio mi patria es Roma; pero por ser hombre, mi patria es el mundo".
- El iusnaturalismo estoico. –

El estoicismo construyó una doctrina de la ley con estructura trimembre: hay una ley universal, una ley natural y una ley humana, estrechamente relacionadas entre sí, deduciéndose racionalmente una de otra.

Ley universal. El iusnaturalismo estoico arranca de la idea del orden del mundo. Este orden no es sólo estático, sino también dinámico, porque en las todas las cosas se descubre una finalidad hacia la que indefectiblemente, conjugándose entre sí, las causas que actúan en el Universo, ofreciendo así una imagen teleológica o finalista del cosmos. Si todo se endereza a su fin es porque en el mundo está presente una ley universal de carácter racional, un lógos gobernador de todas las cosas que no es sino el destino contra el que es inútil rebelarse. El hombre no debe ser sino una pieza más en el impecable determinismo que rige el universo.

Ley natural. Pero no olvidemos que una de las ideas centrales del estoicismo es la naturaleza común, conforme a la cual el hombre forma parte también de la naturaleza, por lo que se encontrará sometido igualmente a esa ley universal, como efectivamente descubre tan pronto como conoce la existencia en su conciencia de una ley de la naturaleza que le dicta lo que debe hacer y lo que debe omitir: serán actos buenos los que sean conformes a la naturaleza y malos los que la contradigan, admitiéndose una tercera especie, constituida por las conductas indiferentes; los actos buenos deben ser realizados por el hombre, evitando los malos, y en cuanto a los indiferentes, ejecutados o no según las circunstancias.

En nuestra propia naturaleza tenemos la pauta y clave de nuestro comportamiento moral, por lo que el ideal del sabio será vivir conforme consigo mismo, regla de oro de la moral: vivir conforme a la naturaleza abandonándose a las prescripciones y prohibiciones que la misma nos dicta.

Pero la naturaleza humana es racional, por lo que la conducta del hombre ajustada a la ley natural no debe

obedecer sino a motivaciones racionales, lo cual exige suprimir el apego a las cosas materiales y elevarse por encima de cualquier convulsión espiritual que altere la quieta serenidad de la razón. El sabio estoico debe dominar toda pasión, todo afecto, todo placer y todo dolor; con idéntica indiferencia ha de enfrentarse con la fortuna y con la adversidad. Cuando el hombre haya culminado ese ideal, en lucha incesante contra sí mismo, habrá alcanzado la apatía, la ausencia de pasiones, la imperturbabilidad o impasibilidad, actitud que, trascendiendo más allá de la filosofía, ha venido a caracterizar una forma de vida, una manera de ser y de contemplar el mundo que se llama precisamente estoica.

Ley humana. Más los hombres viven dentro de comunidades políticas regidas por las leyes positivas por lo que han de dilucidarse las relaciones entre éstas y la ley natural; una vez más se plantea la problemática de la phýsis y el nómos. Para el estoicismo las leyes de los hombres sólo son justas y buenas si son congruentes con la ley de la naturaleza o con la ley de la razón. Porque nosotros no podemos distinguir la ley buena de la mala por ningún otro criterio que no sea el de la naturaleza.

• LA IDEA IUSNATURALISTA EN ROMA: CICERÓN

Roma fue incapaz de hacer una filosofía propia, viviendo en ese aspecto del legado de Grecia. Su practicidad les hacía poco aptos para la especulación filosófica, si bien les permitió ser maestros en la Jurisprudencia.

El pensamiento romano se forja con las aportaciones de casi todos los sistemas filosóficos helenos, lo cual le da un aspecto claramente ecléctico, si bien la doctrina que más aceptación tuvo en Roma fue la estoica, en cuanto que tal sistema era el de mayor vigencia en el momento en que comienza el auge de Roma, pero acaso también se debió al pragmatismo romano que forzosamente tenía que inclinarse al que ofrecía soluciones prácticas para la vida del hombre y al que se predicaba un cosmopolitismo que tan bien se avenía con la concepción romana del Imperio.

Cicerón no sólo profesa un sólido objetivismo jurídico, sino que es constante en él la apelación a la naturaleza como fundamento del derecho. Su concepción responde al tríptico de leyes: universal, natural y humana.

Incesantes son las referencias a la ley natural: unas veces con ciertas implicaciones divinas, como cuando habla de recta razón proveniente de la mente divina, que manda hacer lo bueno y prohíbe lo contrario; otras veces con expresa alusión a la naturaleza, simplemente o a la naturaleza de las cosas, como al definir la ley natural afirmando que es suprema razón inserta en la naturaleza, que manda lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario, o bien como razón derivada de la naturaleza de las cosas que mueve a obrar lo bueno e invita a omitir lo malo.

Dos afirmaciones quedan bien claras; que el derecho tiene su última base y fundamento en la naturaleza, hasta el punto de que podría entenderse que el derecho yace en la naturaleza; y que esa ley emanada de la naturaleza tiene una precedencia –lógica, ontológica e histórica– sobre las normas humanas, ya que es previa a toda ley escrita y existe con anterioridad a la fundación de las ciudades.

Cicerón ofrece una cabal descripción de esa ley suprema, de sus caracteres y efectos. "Hay una ley verdadera que consiste en la recta razón, conforme con la naturaleza, universal, inmutable y eterna, que con sus mandatos llama al cumplimiento de la obligación y disuade del mal con sus prohibiciones... Esta ley no puede anularse ni ser derogada en todo o en parte, y ni siquiera por la autoridad del senado o del pueblo podemos ser dispensados de la misma, la cual no necesita glosador o intérprete. No es una ley diferente en roma y en Atenas, ni es una ahora y otra después, sino que la misma norma eterna e inmutable regirá para todos y en cualquier tiempo". "Ésta no es una ley escrita, sino innata, ya que no la aprendemos, ni nos sometemos a ella por nuestra voluntad, ni la escogemos entre varias, sino que la hemos obtenido de la propia naturaleza, de donde la sacamos o extraemos; no hemos sido educados e instruidos en ella, sino creados e inmersos en la misma".

En cuanto a la ley positiva, no puede ser para Cicerón otra cosa que la concreción de la ley natural, ya que ésta preside toda la conducta del hombre; sólo concibe la ley humana en tanto en cuanto se adecúa y corresponde con las prescripciones de la ley natural.

- LA NOCIÓN DE "IUS NATURALE" EN LOS JURISTAS ROMANOS

El iusnaturalismo de Cicerón queda patente en la distinción que establece entre ius civile, ius gentium y ius naturale. El ius civile es propio de cada pueblo y está integrado por las leyes positivas vigentes en la comunidad política; el ius gentium es a manera de un derecho universal, aplicable en todo momento y lugar, y no es otra cosa que la determinación o concreción de los postulados generales y abstractos del ius naturale, el cual, por consiguiente, está por encima de los otros dos. En ocasiones no llega a distinguir con demasiada precisión entre el ius gentium y ius naturale, pero si parece claro que, en su concepto, el ius gentium es, como el derecho civil, un ordenamiento positivo, a diferencia del derecho natural, que aparecería así como el fundamento de ambos.

Noción de ius naturales en los grandes juristas romanos posteriores a Cicerón:

- Gayo. No hay más que dos categorías de ius: el ius civile (el que cada pueblo se da a sí mismo) y el ius gentium (aquel del que usan todas las naciones). No habla del ius naturale, si bien el concepto de ius gentium no está exento de cierto sentido iusnaturalista, por su extensión universal, ya que es observado de forma igual por todos los pueblos; y por su fundamento en la naturaleza racional, dado que es el derecho el que en verdad ha establecido la razón natural entre los hombres.
- Ulpiano. Vuelve a la clasificación tricotómica de Cicerón: el ius civile es propio de cada pueblo; el ius gentium tiene, en cambio, una vigencia universal y no limitada a un pueblo determinado; en cuanto al ius naturale, da del mismo un extraño concepto: Derecho natural es el que la naturaleza enseñó a los animales. Porque este derecho no es propio del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. Recuerda la idea de ley universal o cósmica tan característica de los estoicos; así el ius gentium vendría a ser para él como un ius naturale restringido únicamente a la especie humana.
- Paulo. Sólo distingue entre el ius civile y el naturale. El primero es el que existe en cada ciudad y se basa en criterios de utilidad; el ius naturale, en cambio, se fundamenta en ppios. de justicia, concepción que evoca la distinción aristotélica entre lo justo legal y lo justo natural. Esta adscripción del ius naturale al valor ideal y objetivo de lo justo culminará, ya en época justiniana, con la inserción del derecho natural en la esfera de lo divino: las leyes naturales, que se observan por todos los pueblos de forma igual, constituidas por una cierta providencia divina, permanecen siempre afines e inmutables. La vieja tesis iusnaturalista del pensamiento greco-romano se ha insertado ya con los dogmas del cristianismo.

TEMA 24.- EL IUSNATURALISMO CRISTIANO.-

- EL CRISTIANISMO COMO FENÓMENO HISTÓRICO-CULTURAL

La filosofía de la Antigüedad tiene una doble vertiente: por un lado, el pensamiento pagano; por otro, el pensamiento cristiano. La razón de la escisión está en que la predicación de Cristo no ofreció sólo una nueva religión, sino que dio lugar también a una concepción del mundo y de la vida absolutamente distinta de la hasta entonces vigente.

El cristianismo, considerándolo como hecho histórico, representó una aportación de ideas hasta entonces desconocidas en la tradición cultural greco-latina, y cuya novedad hubo de causar impacto, inevitablemente, en el modo de pensar y en el modo de obrar de los hombres. Hasta el punto de que ningún sector cultural dejó de acusar la influencia y la impronta de la ideología cristiana: el arte, la filosofía, la política, la producción literaria y el derecho se vieron desde muy pronto afectados por las nuevas concepciones y los nuevos criterios

traídos por la religión que acababa de nacer.

La noción de derecho natural va a reflejar igualmente el influjo de la nueva mentalidad. Es pertinente hacer una puntualización: que no siempre, en los autores cristianos de los cuatro primeros siglos, vamos a encontrar un auténtico iusnaturalismo en el sentido más estricto del término. Porque se entiende por iusnaturalismo toda postura que afirme la existencia, más allá y por encima del derecho positivo, de un orden preceptivo de carácter objetivo, inmutable y derivado de la naturaleza, al que no pueden contravenir los mandatos de los hombres y en el cual encuentra ese derecho humano su fuente y fundamento. El iusnaturalismo vincula siempre el derecho positivo con ese orden preceptivo objetivo, constituyendo a éste en criterio último regulador de las relaciones sociales: el derecho natural, por ser derecho, no puede entenderse sino como algo orientado hacia esas relaciones sociales.

Pues bien, en bastantes autores de las primeras centurias cristianas las alusiones a una ley natural no encajan plenamente en aquel concepto de iusnaturalismo. La ley natural es para ellos una ley moral natural, es decir, un conjunto de preceptos ofrecidos por la propia naturaleza humana para regular la conducta ética de los hombres, pero sin establecer la conexión ontológica entre dicha ley y el derecho formulado por los hombres. Tal derecho no puede ni debe contradecir los preceptos de la ley natural, pero ésta no se concibe como elemento fundante de aquél: la ley natural regula el comportamiento del hombre en cuanto tal, no del hombre en cuanto miembro de un cuerpo social; la ley natural es un medio para alcanzar la perfección personal, sin constituir un factor determinante del derecho positivo.

• CRISTIANISMO Y DERECHO

¿Tuvo alguna influencia en la evolución del derecho y de la filosofía jurídica?

Históricamente, las primeras manifestaciones de lo jurídico aparecen involucradas en el dogma religioso (culturas primitivas: los conceptos de pecado y de delito son inseparables, integran una misma idea). En dichas culturas, el carácter religioso le viene al orden jurídico a través del sentido trascendente, que también afecta al orden político, culminando en un monarca de incuestionable origen divino; suprema ascendencia que asegura una obediencia en el súbdito, reforzada por motivos religiosos. Y la norma emanada del soberano será, pues, más que un precepto jurídico, un mandato religioso.

Poco a poco, en las instituciones sociales se va perfilando una progresiva secularización, que afecta, también al derecho, y que indudablemente es debida a una mayor sutileza en la distinta consideración teleológica de lo jurídico y de lo religioso, comprendiéndose que frente a los fines trascendentes de la religión, el derecho sólo pretende fines temporales, en cuanto que limita su acción al orden de la convivencia humana.

Así va naciendo el orden jurídico con entidad propia y perfiles de relativa autonomía respecto de los valores religiosos.

Religión y derecho contienen evidentes vinculaciones. El cristianismo, al nacer como creencia religiosa, se encuentra con un derecho constituido como tal ordenamiento jurídico, actuante en una esfera que reconoce como propia, y secularizado, es decir, con unas finalidades que se detienen ante el misterio de lo trascendente. Dada la realidad histórica de este encuentro entre el cristianismo y el derecho del mundo clásico, ¿puede seguir vigente el aserto de la existencia de vínculos entre lo religioso –ahora ya lo cristiano– y el derecho?

Hay recogidas algunas palabras del propio Cristo que parecen trazar una radical separación entre lo religioso y lo mundanal, entre el negocio supremo de la salvación y las preocupaciones de aquí abajo, que significan que el cristianismo es una creencia ajurídica, indiferente y desvinculada de lo jurídico, puesto que el derecho sólo tiene que ver con los quehaceres terrenales del hombre; o incluso que derecho y cristianismo están en absoluto antagonismo, ya que el derecho persigue siempre como suprema expresión la justicia y el cristianismo nos manda lo desproporcionado, lo desigual, como es devolver bien por mal, perdonar a nuestros enemigos, ofrecer

la otra mejilla cuando nos abofetean.

Tal interpretación resulta o excesivamente amplia, hasta hacer comprender en ella implicaciones demasiados alejadas de sus palabras, o simplista en demasía al detenerse en lo literalmente significado por aquéllos. Seguramente lo que quiere expresarse es un criterio aclaratorio del verdadero sentido religioso –y no político– de la misión de Cristo para deshacer los equívocos que sin duda existían entre los judíos, y acaso también entre los mismos Apóstoles, en cuanto al carácter del "reino" que el Mesías predicaba; pero sin que en todo ello se encuentre implicada una postura frente al derecho. Porque si fuese real la actitud antijurídica –o por lo menos ajurídica– del cristianismo no tendría sentido algún pasaje en que el propio Maestro se encuentra escrupuloso cumplidor de un precepto humano, aún considerando que no se hallaba obligado al mismo.

• INFLUJO DEL CRISTIANISMO EN EL DERECHO

La realidad histórico-jurídica pone de manifiesto que hubo unas patentes vinculaciones entre la esfera religiosa y la jurídica, en el sentido de un influjo de aquélla en ésta. El cristianismo tiene, primordial y directamente, un sentido moral, y en su dogmática se articula, como en toda religión, un sistema de medios puestos a disposición del hombre para la consecución de su último fin; la predicación primitiva propugnaba únicamente una perfección moral y no una alteración en las condiciones políticas y sociales existentes. Las ideas de la nueva religión tienen repercusión en la estructura de la sociedad producidas por su misma dinámica expansiva.

Por un lado, el dogma del Cuerpo Místico instaura en la realidad eclesiástica la noción de pluralidad de miembros relacionados, con evidente carácter social; la observancia de las normas morales es exigida al individuo no sólo en las acciones estrictamente immanentes, sino en todas aquellas de las que se sienta sujeto responsable, y, por tanto, también en las de comunicación o relación con los demás, entre las que se encuentran las pertenecientes al orden jurídico. Por lo que los preceptos que regulan éste no pueden quedar indiferentes ante esta actividad jurídica, y es por ello por lo que el cristianismo, aunque "indirectamente" hubo de preocuparse de aquellos aspectos de la vida humana (derecho, política...), en los que se halla comprometida la perfección espiritual del individuo.

Influencia en las ideas capitales del pensamiento filosófico-jurídico. La más fecunda y de mayor trascendencia es la concepción del hombre. El hombre cristiano se sabe elevado a una especial dignidad por encima del cosmos, en virtud de la imagen divina que encarna y como consecuencia de la relación filial que le une con Dios (concepción de la divinidad radicalmente diferente de la imperante en el paganismo greco-latino; el Dios cristiano, infinitamente elevado en sus perfecciones sobre el hombre, criatura suya, está muy lejos de las divinidades del mundo anterior, en continuo trato y comercio, amistoso u hostil, con los humanos).

El cristianismo otorga al individuo la condición de personas, proyectando hacia su intimidad la dotación de valores humanos, es en esa intimidad, hecha ya sustantiva con la persona, donde se manifiesta la semejanza del hombre con Dios. Esa suma dignidad de la persona no sólo la ve el cristiano en sí mismo, sino también en los demás, en quienes igualmente reconoce la impronta de la filiación divina; y de ahí surge el amor fraterno universal, réplica del amor de Dios, que hace del cristianismo una creencia transida de caridad. Es en esta idea donde entendemos que se concreta –además de en el concepto de persona– toda la aportación cristiana a la antropología pagana.

Por consiguiente, el pensamiento cristiano aportó una interesante innovación al concepto del hombre, con repercusiones en la esfera política y en la jurídica, cuyas respectivas instituciones forzosamente hubieron de adaptarse a la nueva ideología y tiene signo positivo, pues la "persona" cristiana no anula al "individuo" pagano, sino que se superpone a él, añadiéndole una mayor dignidad.

• LA INTRODUCCIÓN DE LA IDEA DE LEY ETERNA

El iusnaturalismo cristiano no puede entenderse sin el concepto de la ley eterna; la noción de ley eterna es una aportación básica del cristianismo a la concepción de la ley natural.

Para el pensamiento cristiano, el Universo procede de la actividad creadora de Dios, pero en el conjunto de las criaturas que lo integran resplandece un orden en el que todas y cada una de las cosas tienden a su propio fin, fijado por el Creador. A ese ppio. que reside y da sentido al orden universal es lo que se denomina ley eterna. Es ley porque se trata de un ppio. ordenador; es eterna puesto que es el plan con arreglo al cual Dios realiza la creación y, por lo mismo, tiene necesariamente que existir en la mente divina previamente al acto creador.

La ley eterna de la concepción cristiana se vincula a la idea de creación, que es ajena a la mente del mundo clásico pagano. Los griegos –como los romanos– desconocieron el concepto de creación por lo que no pudieron concebir el lógos ordenador del universo sino como un ppio. inserto en las cosas, al que muchas veces se le reconoce incluso carácter divino, pero cuya aplicación y origen no resultan demasiado claros tratándose de un cosmos increado.

En cambio, la idea de ley eterna se perfila en el cristianismo en consonancia con la noción de creación. Dios no sólo es creador sino también ordenador; todas las cosas son creadas por Él dentro del orden universal, es decir, inscribiendo en la estructura ontológica de cada ser unas tendencias o finalidades coherentes con dicho orden (Dios crea las naturalezas ya legalizadas o insertas en el orden).

San Agustín ofreció varias definiciones de ley eterna, la más conocida es: la razón divina o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe que se perturbe.

Esta definición tiene un marcado carácter estático; lo que le preocupa es que mantenga el orden de la creación u "orden natural", y esa es la función asignada a la ley eterna. Por otra parte, el sentido preceptivo de esta ley queda absolutamente claro, por cuanto "manda" y "prohíbe": no es, pues, un ppio. cosmológico, al modo del lógos de los griegos, sino una auténtica ley.

TEMA 25.– EL IUSNATURALISMO CRISTIANO HASTA EL s. XIII.–

• EL SUPUESTO IUSNATURALISMO DE SAN PABLO

Las Epístolas paulinas son los documentos en que de modo más manifiesto y auténtico se contiene el núcleo de la enseñanza de Cristo y tienen también un interés filosófico por cuanto que en muchos de sus pasajes dejó entrever conocimiento del pensamiento griego.

La primera alusión a la idea de la ley natural en el pensamiento cristiano es la que hace San Pablo en el capítulo II de la Epístola a los Romanos, que Truyol considera como "la carta magna del iusnaturalismo cristiano", es decir, su momento fundacional o punto de arranque. El pasaje en cuestión dice así: "Pues cuando los gentiles, que no tienen ley, guiados por la naturaleza obran los dictámenes de la ley, éstos, sin tener ley, para sí mismos son ley; como quienes muestran tener la obra de la ley escrita en sus corazones, por cuanto su conciencia dan juntamente testimonio y sus pensamientos, litigando unos con otros, ora acusan, ora también defienden".

San Pablo, después de unas iniciales experiencias apostólicas entre los judíos, decidió dirigir su atención a la evangelización de los gentiles, para quienes halló siempre más disculpa que para aquéllos, puesto que no conocían la ley de Dios (los gentiles "no tienen ley"). A pesar de lo cual pueden también llegar a cumplir la voluntad divina siguiendo los dictámenes de aquella ley cuando actúan "guiados por la naturaleza". En la naturaleza está, pues, inscrita la misma ley que Dios quiso revelar a través, primero, del Decálogo y, después, del Evangelio. Por eso puede decir San Pablo que los gentiles "para sí mismos son ley", insistiendo en la idea al afirmar que "muestran tener la obra de la ley escrita en sus corazones".

San Pablo cree en una ley natural, en cuanto que deriva de la naturaleza, se trata de una ley natural, pues es la que suple, en los gentiles, la falta de conocimiento de la ley mosaica, y ésta no fue nunca una ley que pretendiera una regulación de la convivencia social; o en todo caso, lo fue sólo para un pueblo concreto, el pueblo de Israel. San Pablo nos ofrece, por tanto, el primer ejemplo de esa corriente en la que la ley natural no responde exactamente al auténtico concepto de iusnaturalismo.

- LA PATRÍSTICA, BAJO LA INFLUENCIA PAULINA

Los primeros siglos de la existencia del cristianismo sometieron a éste a duras pruebas: enfrentarse con movimientos heréticos y cruentas persecuciones. La tarea más urgente fue la apologética, por lo que una gran parte de los escritos de los Padres de la Iglesia está dedicada a la refutación de las desviaciones doctrinales.

La literatura patristica tiene el carácter ocasional y de temática quebradiza que le da el tener que acudir a combatir el error allí donde se presente.

El problema del derecho natural no recibe en la Patrística un tratamiento continuado ni sistemático, sin que se den demasiadas aportaciones nuevas, pues, por lo general, los autores se limitan a ofrecer una exégesis de la concepción paulina, afirmando la existencia de una ley inserta en la naturaleza humana por su Creador, con el mismo alcance de ley moral que hemos visto en el Apóstol de las gentes.

Particularidades más notables de las concepciones patristicas: en primer lugar, una identidad entre la ley natural y el Decálogo; si Dios ha manifestado su ley en los preceptos dados a Moisés, esos mismos preceptos serán los que ha puesto en la conciencia del hombre al crearlo, pues pensar otra cosa implicaría una contradicción en la Divinidad, entre un Dios creador y un Dios legislador. La segunda nota de carácter general está en la distinción entre un derecho natural primario y otro secundario; el primero correspondería al hombre en el estado anterior a la caída, y el secundario es el propio de la naturaleza humana después del pecado y que tiene una misión correctora de las consecuencias de la falta, por lo que en el mismo se contienen las instituciones de carácter coactivo que no se dan en el primario, por cuanto el hombre en estado de inocencia no precisaba de la coacción para obrar el bien.

El tema iusnaturalista en la ideología cristiana se trata de una invocación a ciertos ppios. inmutables que constituyen el último fundamento del obrar humano, pero cambia la significación de la idea, se da entrada a un nuevo factor, el carácter de la Divinidad en que cree la nueva religiosidad. En todas las manifestaciones cristianas de la idea iusnaturalista hasta San Agustín, ésta se hace depender de Dios, con lo que el derecho natural halla el fundamento más firme que puede darse: el teológico.

Esta conexión del derecho natural con Dios se manifiesta al principio de un modo indirecto, concibiendo la norma suprema de la moralidad como unos ppios. yacentes en la naturaleza humana, pero entendida ésta como salida de las manos divinas, y aún más, elevada y redimida por el Verbo encarnado. Ésta es la postura de San Pablo y los dos primeros siglos. En San Agustín la doctrina se sistematiza, y entonces la ley natural se vincula con la mente divina a través de la ley eterna. Esta fundamentación de la ley natural en Dios no se encuentra en el pensamiento anterior.

El pesimismo antropológico, que ve en el hombre una naturaleza caída, aparece muy marcado y persistentemente en casi todos los autores de la época, hasta San Agustín. Por razón del pecado, el hombre se siente inclinado hacia el mal, y el derecho natural tiene entonces una función correctora de esta proclividad maligna, sin que por ello deje de reconocerse una especie de derecho natural primario, que correspondería a la naturaleza anterior a la caída, como anteriormente apuntamos. Por otra parte, al querer vincular la ley natural a Dios, sólo quien crea en ese Dios podrá conocer los preceptos rectores de la vida moral, y por ello es frecuente la identificación de la ley natural con el Decálogo, con la consiguiente limitación del derecho natural al cristianismo; postura ésta que desdibuja una auténtica tesis iusnaturalista puesto que compromete la nota de universalidad tan característica de todo derecho natural: no será éste una preceptuación para todos los

hombres, sino sólo para los cristianos.

- SAN AGUSTÍN

Es el más importante de los Padres occidentales, en él culmina y acaba la Patrística

La teoría de la ley natural la ensambla en la doctrina general de la ley, que él traza por primera vez de modo pleno en el pensamiento cristiano; en ella se nos aparece la ley natural íntimamente conectada con la ley eterna, por un lado, y con la ley positiva, por el otro, constituyendo esta trilogía de leyes un conjunto coherente.

Si la ley eterna ha sido impresa por Dios en las cosas, se hallará también en la naturaleza humana, que es una naturaleza racional y, por ello, capaz de descubrir en sí misma la presencia de la ley eterna. Ley natural es la transcripción hecha en la mente humana de la misma ley eterna y, por tanto, de la suprema e inmutable razón divina. La ley natural no es algo esencialmente distinto de la ley eterna, sino ésta misma en cuanto afecta al hombre que, por su condición de racional, es capaz de conocerla y dar cuenta de su presencia en la propia naturaleza humana.

El iusnaturalismo agustiniano refuerza la noción de ley natural al prestarle un fundamento teológico.

Evolución del pensamiento agustiniano respecto del iusnaturalismo. Se distinguen dos etapas separadas entre sí por la polémica mantenida con su contemporáneo Pelagio, que sostenía que el pecado de Adán fue un pecado puramente personal y que, por tanto, no se transmite a la Humanidad; no hay, pues, un pecado original, la naturaleza humana no está corrompida y es capaz de salvarse por sus propios actos, haciéndose, por tanto, innecesario el concurso de la Gracia divina y quedando, en suma, como inútiles la encarnación de Cristo y la Redención.

El grave ataque que las tesis de Pelagio significaban para el cristianismo llevó a San Agustín a ejercer una viva réplica, en la que puso tanto énfasis que transitó hacia posiciones igualmente extremas pero de sentido contrario. El pecado original se halla presente en todos los hombres, lo que hace que la naturaleza humana esté degradada, hasta el punto de que el libre arbitrio apenas si puede nada sin la ayuda de la Gracia, con lo que se sitúa en posturas muy cercanas a la doctrina de la predestinación.

Esta actitud tiene su reflejo en la concepción iusnaturalista, pues teme San Agustín que la afirmación de que la naturaleza humana es el fundamento y fuente de una ley rectora del obrar del hombre puede conducir a las tesis pelagianas, por lo que se ve obligado a reforzar su voluntarismo para subrayar el dominio y prevalencia de la voluntad de Dios en orden a dar al hombre una norma de acción. Hasta el punto de que, mientras antes de la controversia se muestra decidido partidario de una ley natural en el sentido antes indicado, en las obras posteriores manifiesta un alejamiento del iusnaturalismo.

La teoría de la ley se cierra en San Agustín con la positiva, que, como las otras dos, se vincula a Dios, aunque de modo mediato; así como Él es el autor de la ley eterna y, a su vez, la natural es manifestación de aquélla en el hombre, las normas positivas han de estar fundamentadas en la ley natural. una ley sólo lo será auténticamente si se deriva de la ley natural, pues no hay ley que no sea justa. Cuando un precepto dado por una autoridad humana no evidencia esa conexión con la legalidad natural, carece de la condición de ley y, por tanto, no obliga. La misión del legislador, al promulgar sus normas, no estriba sino en prohibir todo aquello que "perturbe el orden natural" y ordenar toda conducta que favorezca dicho orden.

- SAN ISIDORO

San Isidoro abarcó y poseyó todo el saber de su tiempo, que dejó recopilado en los veinte libros de su más importante y conocida obra: los Orígenes o Etimologías.

En toda su producción se aprecia un fuerte influjo del pensamiento romano. Puntualiza los conceptos de ius, lex, mos y consuetudo, establece la división del derecho ofreciendo la clasificación trimembre, típicamente romana, en derecho natural, civil y de gentes. Y los conceptos de cada uno de ellos evocan el precedente romano. Derecho civil es "el que cada pueblo o ciudad se da a sí mismo por razones humanas y divinas". El derecho natural es aquel "común a todas las naciones y que en todas partes es observado por instinto natural, y no porque se haya establecido de modo alguno" (ejemplos: la unión del varón y la mujer, la procreación y educación de los hijos, la posesión de todas las comunes, la libertad de todos, etc.) "Pues todo esto, u otras cosas similares, nunca es considerado injusto, sino natural y equitativo".

De Gayo recibe la noción de universalidad del derecho natural: éste es para el hispalense como el derecho de gentes existe para el autor romano y lo mismo que Gayo invocaba como fuente la naturalis ratio, San Isidoro advierte que el derecho natural rige en todas partes. De Paulo toma la idea de que el derecho natural posee una justicia intrínseca, pues la afirmación que hace al final del pasaje de tal derecho trae a la memoria inevitablemente la definición paulina.

Derecho de gentes. San Isidoro no da propiamente una definición, limitándose a señalar una serie de materias reguladas por el mismo –la ocupación de ciudades, la edificación, la fortificación, las guerras, el cautiverio, la esclavitud, etc.–; añadiendo al final un dato etimológico tan del gusto de nuestro autor: el ius gentium, se llama así porque de él usan todos los pueblos. Y es en este último inciso donde se evidencia que San Isidoro distinguió con toda precisión entre el derecho natural y el de gentes, nociones que, en cambio, con frecuencia aparecen confundidas y superpuestas en la doctrina romana. Porque no sólo difieren ambos derechos por razón de su ámbito material (relaciones entre los particulares en el derecho natural y relaciones entre pueblos en el de gentes) sino también por razón de su extensión, pues mientras el derecho natural ostenta una clara universalidad, ésta quiebra en el derecho de gentes al introducir el adverbio fere: el ius gentium no será, como quería el autor romano, aquel que es observado por todos los pueblos, sino aquel de que usan casi todos los pueblos.

Tema 22.– LA IDEA IUSNATURALISTA EN EL PENSAMIENTO CLÁSICO.–

Mentalidad del pueblo helénico. El legislador humano, al elaborar sus leyes, ha de sujetarse a una normatividad superior que no puede conculcar con sus preceptos. La creencia en un orden normativo por encima del positivo estaba muy extendida en Grecia.

• PRESOCRÁTICOS: EL IUSNATURALISMO COSMOLÓGICO

Iusnaturalismo entendido en un amplio sentido: existencia de un orden superior al derecho positivo; el carácter cosmológico domina toda la filosofía presocrática, de modo que tal orden superior se identifica con el que impera en el cosmos, regido por una ley que presta al mundo su armonía, que hace que ese mundo sea precisamente un kósmos y no un cháos. Pensadores de este período: Heráclito y Anaximandro.

- Heráclito de Éfeso. Cree encontrar la explicación del mundo en un permanente y eterno fluir, un movimiento constante que afecta a todo, pese a que los sentidos nos ofrezcan, engañosamente, la imagen de cosas inmóviles. Pero este movimiento permanente responde a un orden impecable, se produce "según medida". Este lógos no sólo rige el universo, sino que también se trasfunde en las leyes humanas: la legislación cósmica es fundamento del derecho de los hombres. Alusión a un orden suprapositivo que legitima y da sentido a las leyes humanas.
- Anaximandro. Concepción cosmológica de la justicia. Hay un díke o justicia cósmica que, de modo semejante a como también lo afirmara Heráclito, gobierna el mundo y hace que las partes de éste se correspondan unas a otras, produciendo la armonía; pues bien, la justicia, en cuanto virtud de los hombres, refleja esa misma idea de ajuste, proporción o armonía, de suerte que cada hombre ha de realizar lo que debe y le corresponde, para que pueda decirse que en la ciudad reina también la armonía: la díke, justicia cósmica, resulta así ser el modelo o canon en vista del cual se elabora la

noción de virtud de la justicia.

- SOFISTAS: LA OPISICIÓN ENTRE PHÝSIS Y NÓMOS

Mientras los presocráticos se preocuparon por dar una explicación del cosmos intentando hallar el ppio. de las cosas, ahora el tema que va a prevalecer es el del hombre y sobre todos será el problema ético. La especulación filosófica, que hasta entonces se había desarrollado sólo en las colonias, se manifiesta ya en Atenas, la metrópoli.

- La generación sofista. –

Los sofistas enseñan durante el s. V a. de C. y su peculiar modo de pensar, su ímpetu, su dominio de la dialéctica y su falta de pudor intelectual para lanzar las ideas que más pudieran escandalizar a la sociedad de la época, les llevaron a una actitud de renovación, tanto en el terreno del pensamiento como en el de la política, y aun en la misma forma de vida de los griegos de su tiempo.

Desde el punto de vista filosófico, aportan, por primera vez, la tesis relativista en orden al conocimiento humano: "El hombre es la medida de todas las cosas", en la que queda patente la negación de toda verdad permanente y absoluta.

Hay algo, sin embargo, que sí permanece inmutable: la phýsis, la naturaleza, que es siempre la misma en todas partes y para todos los hombres, afirmación que los sofistas hacen para atacar las instituciones sociales y políticas. Como la naturaleza es una e idéntica para todos los hombres, debe cesar la distinción hasta entonces establecida entre los griegos y bárbaros, pues todos ellos están regidos por las mismas normas naturales. La misma polis cae también bajo los ataques implacables de la dialéctica sofista: el estado es una realidad accidental, creada por una simple decisión humana, pero en nodo alguno previsto por la naturaleza. Predicando estas ideas, los sofistas "sembraron verdadera dinamita en el mundo social griego".

- La tensión phýsis–nómos. –

Los sofistas ponen en contacto la phýsis con el nómos, o ley humana para hacer ostensible la artificialidad de ésta frente a la autenticidad de aquélla: a la ley humana, que no es sino algo artificial, cambiante, variable y, sobre todo, una posición adquirida y defendida por los grupos dominantes. contraponen la naturaleza y sus leyes, que representan lo auténtico e inalterable, una justicia objetiva. Phýsis y nómos son contemplados por la sofística como términos antagónicos, polémicos, sirviéndose de aquélla para evidenciar la falta de sustantividad de éste; la ley humana carece de entidad porque no es sino creación arbitraria, que cambia según varían los intereses de las clases dominadoras, que son las que hacen el derecho; éste no es más que un instrumento del que se valen los poderosos para mantener su posición de privilegio.

Para otra doctrina, Calicles, las leyes son utilizadas por una mayoría gris y mediocres como único procedimiento para tener dominados a los hombres fuertes, que son los que naturalmente deberían dominar; otra vez aunque desde distinta perspectiva, la contraposición entre las leyes humanas y la ley de la naturaleza.

Se mantiene siempre la oposición contradictoria entre phýsis y nómos: la ley humana es una pura burla, un cruel sarcasmo, un invento para revestir la autoridad y legitimar una situación antinatural de opresión de unos pocos sobre los más o de los más sobre unos pocos; la ley positiva es un mero disfraz y la única ley verdadera es la que emana de la naturaleza. En el pensamiento sofista, el derecho natural no sirve para fundamentar el positivo, sino, al contrario, para atacarlo y minar sus bases: iusnaturalismo "revolucionario" por hacérsele servir de ariete contra el orden jurídico y político constituido.

- SÓCRATES

Enemigo acérrimo de los sofistas. Para Sócrates existe, por encima de los hombres, todo un mundo de valores objetivos y, entre ellos, el de la justicia, que tiene, por tanto, una realidad efectiva superior a toda determinación humana. Ese conjunto de valores es el que articula el orden impuesto al mundo por la Divinidad; luego los hombres, si quieren obrar conforme a los designios divinos, han de implantar y realizar entre ellos aquellas nociones axiológicas y, con ellas, la idea de justicia a través de las leyes. Las leyes humanas son fiel trasunto del valor objetivo de justicia.

El elemento natural es más fecundo en la filosofía socrática. El Estado es una realidad natural, no humana ni arbitraria, encarnando en sus leyes el ideal objetivo de justicia, del que en cada hombre en particular hay también como un eco, manifestado en la voz de la conciencia.

Por la armonía que existe entre la justicia objetiva y las leyes humanas, éstas deben ser respetadas y obedecidas ciegamente, ya que en ellas se incorpora aquella justicia. Pero incluso en presencia de leyes injustas, Sócrates se inclina también por la obediencia.

• PLATÓN

Discípulo de Sócrates, Platón supo elaborar un sistema propio y original en el que se ofrece una construcción plenamente personal. Su pensamiento responde a un sistema articulado y congruente, cuya pieza fundamental o centro está constituido por la doctrina de las Ideas.

Entiende Platón que cuando los sentidos nos testimonian la existencia de un mundo de cosas que nos rodean y con las que convivimos, ofreciéndonoslas como auténticas realidades, están dándonos una imagen engañosa y equívoca. Porque la auténtica, verdadera y cierta realidad es la de las Ideas, que habitan eternamente en un "lugar del cielo", de tal modo que las cosas de este mundo no son sino meras sombras, imágenes o reproducciones de las Ideas respectivas.

La Idea es la que presta la autenticidad y veracidad. Sólo será verdadera y auténtica ley aquella que sea hecha a semejanza de la ley ideal; en las normas elaboradas por los hombres sólo se dará auténtica justicia cuando en sí realicen la justicia idea, la Idea de justicia. El legislador no tiene libertad para obrar como quiera en la confección de las normas, pues habrá de tener en todo momento la mirada puesta en aquel ideal jurídico para imitarlo, para reproducirlo, para hacer así verdaderas leyes. Por eso sostenía Platón que los filósofos debían ser lo que gobernasen a los pueblos o bien que los gobernantes se hicieran filósofos, porque son los filósofos los que están más habituados a la contemplación del mundo de las Ideas.

¿Iusnaturalismo en Platón? Se aprecia un iusnaturalismo en sentido amplio, es decir, lo que hemos llamado objetivismo jurídico, en cuanto que reconoce, más allá del derecho positivo elaborado por los hombres, una realidad a la que éste debe acomodarse si quiere cumplir su misión de establecer la justicia entre los humanos. Como en Sócrates, ese mundo de valores objetivos sirve para fundamentar y avalar las leyes humanas, al contrario de la posición sofista, que utiliza la phýsis para combatir el nómos. Otra diferencia importante es que, mientras éstos exaltan la libertad del individuo frente al Estado, Platón, afirma que la perfección del hombre concreto sólo puede alcanzarse a través de la pólis, regentada por verdaderas leyes, de ahí que su preocupación por puntualizar las condiciones y circunstancias del "Estado mejor", que es el tema de La República y de Las Leyes.

• ARISTÓTELES: LO JUSTO LEGAL Y LO JUSTO NATURAL

Aristóteles distingue entre lo que es justo por naturaleza y lo que resulta serlo porque así lo establecen las leyes humanas: lo que es justo en la ciudad, lo es o por naturaleza o por ley; lo justo por naturaleza es aquello que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las diferentes opiniones; lo justo legal o por ley es aquello que, siendo de suyo indiferente, resulta ser justo porque se establece como tal.

Lo justo natural es expresión de una justicia objetiva y, como tal, inalterable y permanente, sustraída a las diferentes soluciones que pueden ofrecerse según las circunstancias. Lo justo legal en cambio, es aquello cuya justicia le viene de que haya sido así establecido en las leyes humanas, siendo, por tanto, una justicia ocasional, circunstancial, lo cual explica la variabilidad de las legislaciones positivas, pues un comportamiento puede ser conveniente en un lugar o tiempo –y por eso se ordena– e inconveniente en otros –y por eso se prohíbe–, según los condicionamientos que en cada caso estén presentes; claro es que siempre habrá de tratarse de cuestiones indiferentes per se, pues lo que es justo por naturaleza no puede alterarse jamás por las normas humanas.

La misma distinción referida más expresamente a las leyes: llamó ley particular a aquellas normas escritas según las cuales se gobierna una ciudad, y ley común a aquellas normas que, sin estar escritas, parecen ser admitidas por todos. Llamó ley, por una parte, a la que es particular y, por otra parte, a la que es común; particular a la que viene determinada por cada pueblo para sí mismo, de las cuales, unas son escritas, otras, en cambio, no escritas, y ley común es la que es según la naturaleza. Hay algo que todos adivinan que, comúnmente, por naturaleza, es justo o injusto, aunque no haya ningún mutuo consentimiento ni acuerdo entre unos y otros.

La distinción entre ley particular y ley común es paralela a la que establece entre lo justo legal y lo justo natural; parece que se ha fijado en el criterio de la territorialidad: ley particular es la que cada pueblo se da a sí mismo, la peculiar de cada comunidad y que responde, por consiguiente, a las circunstancias individuales de dichas comunidades; ley común, en cambio, es la aplicación universal, en todo pueblo.

Es, pues, indubitado el carácter iusnaturalista de la doctrina aristotélica, en la que por primera vez se afirma la existencia de "leyes según naturaleza".

TEMA 26.– EL IUSNATURALISMO ESCOLÁSTICO.–

• SANTO TOMÁS DE AQUINO

Es el más destacado y conocido pensador medieval en el campo del pensamiento en general –por haber construido el primer sistema filosófico– y en el terreno iusnaturalista, pues es el primero que articula una doctrina completa acerca de la ley natural.

Con él llega a su apogeo la Escolástica, filosofía iniciada en el s. XII y que en el siguiente entra en una etapa de decadencia, si bien posteriormente, en el XVI conocerá nuevas décadas de vigencia bajo el nombre de neoescolástica. La filosofía escolástica "constituye el ingrediente filosófico más importante de la Edad Media".

Las aportaciones de Santo Tomás han dado lugar a una dirección propia y personal, el tomismo.

- CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA LEY NATURAL
- Concepto.–

Santo Tomás conserva la estructura trimembre de la doctrina de la ley que estableciera San Agustín, parte del concepto de ley eterna, a la que asigna la función gobernadora del orden universal.

La ley eterna afecta a las criaturas, pero opera sobre los seres según la peculiar naturaleza de cada uno y, cuando del hombre se trata, su naturaleza racional y libre hace que aquella ley se aplique a él en consonancia con esa doble condición. Siendo la ley eterna un ppio. ordenador que imprime en las cosas unos fines y tendencias de acuerdo con el orden universal, al manifestarse en el hombre imprimirá en su naturaleza, igualmente, unos fines y tendencias, mas con la diferencia de que éste, por ser racional, los conoce como grabados en su propia estructura ontológica.

Por ello, mientras los seres humanos cumplen la ley eterna de un modo fatal y rigurosamente necesario, el hombre, por virtud de su racionalidad y libertad, lejos de tener frente a la ley eterna una actitud ciegamente pasiva, adopta ante ella una posición activa que Santo Tomás concreta en el concepto de participación: porque conoce la ley eterna, el hombre "participa" de ella activamente, siendo esa participación precisamente lo que para él constituye la ley natural, que define como participación de la ley eterna en la criatura racional.

- Contenido.–

Contenido de la ley natural en la construcción tomista: puede contemplarse desde un doble punto de vista, el cuantitativo (mayor o menor número de preceptos que comprende) y el cualitativo (carácter de esos preceptos).

CUANTITATIVO.–

Santo Tomás llega a la determinación de los preceptos de dicha ley a partir de la naturaleza humana, en la que se descubren unas tendencias básicas, a las que lógicamente deben adecuarse los mandatos y prohibiciones de la ley natural. Las normas de la ley natural habrán de considerar esas tendencias fundamentales y deducir de cada una de ellas los preceptos correspondientes. Son las tres siguientes:

- Tendencia a la conservación del propio ser, que el hombre comparte con todas las criaturas. Pertenecen a la ley natural todos los preceptos que contribuyen a conservar la vida del hombre y a evitar sus obstáculos (conservar la vida o el que prohíbe el homicidio).
- Tendencia a la conservación de la especie, la cual ya no se da en todos los seres, sólo en los vivos. Todos los preceptos relativos a la procreación y a las relaciones familiares.
- Tendencia a conocer la verdad y a vivir en sociedad, inclinación que no comparte el hombre con ningún otro ser puesto que es específica suya, de acuerdo con su naturaleza racional y social. Preceptos relativos a la perfección intelectual del hombre y a sus relaciones dentro del ámbito de la comunidad.
- Carácter de los preceptos de la ley natural.–

CUALITATIVO.–

Hay que partir de la distinción entre el entendimiento especulativo y el entendimiento práctico, o de los dos diferentes modos de como la razón humana opera en la investigación de la verdad. El entendimiento especulativo busca la verdad por sí misma, es decir, con una finalidad puramente teórica, mientras que el práctico busca la verdad para aplicarla a las acciones humanas, con una intención pragmática. La idea central del entendimiento especulativo es la idea de ser y su ppio. supremo es el llamado ppio. de contradicción, conforme al cual "una cosa no puede ser y no ser a la vez y bajo el mismo aspecto". El entendimiento práctico gira en torno a la idea de bien –correlativa, en este orden, a la de ser, en el teórico–, siendo su ppio. supremo el que reza "hay que hacer el bien y evitar el mal".

Tanto en el orden especulativo como en el práctico, la razón opera de la misma manera: apoyándose en el ppio. respectivo, extrae de él unas conclusiones inmediatas que a su vez le sirven para obtener nuevas conclusiones, de las que se derivan otras, etc., siempre en un sentido que podríamos llamar descendente. En cada escalón o grado de conclusiones debe atenderse a la veracidad y a la evidencia. En el proceso deductivo del entendimiento especulativo, la verdad contenida en el ppio. de contradicción se va transmitiendo a las sucesivas conclusiones obtenidas; la veracidad se mantiene, por tanto, siempre. Por el contrario, la evidencia va disminuyendo en los sucesivos momentos del proceso, a medida que las verdades obtenidas van estando más alejadas del ppio. supremo. En la actuación del entendimiento práctico no sólo es también menor la evidencia de las conclusiones extraídas sucesivamente sino que asimismo puede, en algún grado, fallar la evidencia de la conclusión obtenida.

El entendimiento práctico opera de modo mucho menos rígido, por la simple razón de que su área de acción es

la zona de lo contingente, de tal suerte que a su proceso deductivo le afecta con menos rigor la necesidad lógica que preside, la construcción de las ciencias especulativas.

Teniendo en cuenta que la ley natural pertenece al orden práctico, habrá de serle aplicable cuanto se ha dicho de éste. Y así, hay que distinguir en ella: unos preceptos primarios, conclusiones obtenidas a partir del ppio. supremo y que son evidentes para todos y verdaderos en todas las circunstancias; unos preceptos secundarios, extraídos de los anteriores, pero en los que ya puede fallar tanto su evidencia como su veracidad y unos preceptos terciarios, obtenidos a partir de los secundarios, que ya no están al alcance de la mayoría –su veracidad y, sobre todo, su evidencia son mínimas–, ya que tales conclusiones exigen una mayor complejidad racional o sólo se obtienen "después de atenta consideración de los sabios" y requieren "una gran ponderación de las diversas circunstancias, la apreciación de las cuales no está al alcance de cualquiera, sino de los hombres ilustrados".

La razón podrá aplicarse a los últimos preceptos naturales obtenidos para extraer de los mismos nuevas conclusiones sucesivas, pero éstas constituirán ya derecho positivo, cuyos preceptos se orientarán en uno u otro sentido según lo que demanden las circunstancias particulares de las diferentes sociedades humanas; esa adaptación a las circunstancias es lo que caracteriza la actividad del entendimiento práctico. Por esa razón es explicable que los diversos ordenamientos jurídicos, aún siendo conclusiones próximas de los preceptos naturales, tengan, sin embargo, distintos contenidos materiales.

• UNIVERSALIDAD E INMUTABILIDAD DE LA LEY NATURAL

Cuando Sto. Tomás define la ley natural como la participación de la ley eterna en la criatura racional, está aludiendo a la naturaleza humana. Ésta es una para todos los hombres, luego una habrá de ser también la ley natural, que ostentará, por consiguiente, la nota de la unidad. Pero ello equivale a afirmar que tal ley es la misma en todo tiempo y en todo lugar. La referencia a estos dos aspectos –el espacial y el temporal– da origen a dos propiedades en las que se especifica la nota de la unidad; la universalidad, o unidad en el espacio, y la inmutabilidad o unidad en el tiempo.

La universalidad o unidad en el espacio. Utiliza la distinción entre preceptos primarios y secundarios, por razón del grado de su veracidad y evidencia. Los preceptos primarios tienen una generalidad absoluta, tienen vigencia sin excepción para todos los hombres de cualquier lugar, porque estando muy próximos al punto de origen del proceso, es muy elevado el grado de veracidad y de evidencia de los mismos. Los secundarios, al estar situados en un nivel inferior, puede ya en ellos darse un fallo en la veracidad o en la evidencia, por lo que su universalidad es sólo relativa, si bien su vigencia se da en la mayoría de los casos. Evidentemente, la universalidad disminuirá tratándose de los preceptos terciarios.

La inmutabilidad o unidad de la ley natural en el tiempo. ¿Puede la ley natural cambiar en algunos de sus preceptos, o es siempre la misma?. Sto. Tomás considera dos posibles formas de mutación: por adición (añadiendo a la ley natural algún nuevo precepto) y por sustracción (dejando de ser ley natural algo que antes lo era). La primera forma la considera posible, pues al definir los preceptos a partir de las inclinaciones de la naturaleza humana, deja abierta la lista a posibles nuevos preceptos que vengan a integrarse en la ley natural. Por sustracción, la niega de modo absoluto por lo que toca a los preceptos primarios, admitiéndola sólo respecto a los secundarios, aunque sólo en algunos supuestos particulares y en pocos casos, pues en la mayoría persiste inmutable aun en dichos preceptos secundarios.

• LA ESCOLÁSTICA FRANCISCANA

San Francisco de Asís funda su orden y aspira a inculcar a sus discípulos una religiosidad centrada en la sencillez y en la pobreza, sin pensar en una dimensión intelectual. Sin embargo, los franciscanos acabaron por dedicarse intensamente al estudio y a la enseñanza, regentando cátedras en Oxford y París. Universidad ésta en la que también profesaban los dominicos; y si bien en un principio hubo concordia doctrinal entre ambas

órdenes, se manifestó una rivalidad creciente que llevó a los franciscanos a posiciones críticas, y a veces contrarias, a las tesis tomistas. Las discrepancias eran inevitables, puesto que unos y otros cimentaron sus filosofías sobre puntos diversos; mientras el tomismo se basa fundamentalmente en Aristóteles, el franciscanismo opta por la tradición platónico-agustiniana. Esta diferente inspiración llevará a ambas escuelas a conclusiones muy distintas en el problema del intelectualismo o voluntarismo de la ley.

• INTELECTUALISMO O VOLUNTARISMO EN LA LEY

El problema del intelectualismo o voluntarismo en la ley no se trata de un simple problema teórico; la cuestión es trascendente también en el orden práctico, ya que de la actitud que se adopte dependerá la suerte que corra la legalidad –toda legalidad, tanto la positiva como la natural– y el concepto mismo de ley en general.

Intelectualismo y voluntarismo son posturas que han aparecido alternativamente en las diversas ramas de la filosofía. Intelectualismo es la doctrina que considera que el entendimiento ostenta en la actividad humana una preeminencia sobre cualquier otra potencia y sobre la voluntad; el voluntarismo afirma el primado de la voluntad sobre las demás facultades y, específicamente, sobre el entendimiento.

Trasladando el tema a la ley, el problema se plantea en estos términos: cuando el legislador crea la norma, mandando determinados actos y prohibiendo otros, ¿dicta sus disposiciones –tesis intelectualista– porque conoce la bondad y malicia respectiva de unos y otros actos, prescribiendo en consecuencia los primeros y prohibiendo los segundos? ¿O bien los mandatos y prohibiciones los dicta libérrimamente, según su voluntad, como quiere la teoría voluntarista, resultando entonces que los actos son buenos o malos según que, respectivamente, hayan sido mandados o prohibidos?.

La primera de estas posiciones se expresaría sintéticamente así: lo que se manda, se manda porque es bueno, y lo que se prohíbe, se veda porque es malo; lo cual implica que la honestidad o torpeza son cualidades objetivas que los actos poseen en sí mismos. La actitud voluntarista: un acto resulta ser bueno porque está mandado y malo cuando se prohíbe; ello equivale a afirmar que los actos no son en sí buenos ni malos, sino que tales cualidades les advienen por el simple hecho de ser, respectivamente, imperados o prohibidos por la ley.

La posición intelectualista conduce al resultado de que el legislador, al elaborar la norma, ve su actividad condicionada, predeterminada por la índole de las conductas, pues necesariamente –si ha de obrar con honestidad– habrá de prescribir las que sean buenas y prohibir las contrarias. En la posición voluntarista, el grado de libertad del legislador aumenta notablemente al no estar coartada su función legislativa por el carácter ético de las conductas sobre las que opera, puesto que tal condición ética es en principio indiferente.

Efectos sobre el orden ético-jurídico de la comunidad. En la intelectualista las normas responden a una estructura ética previa (advertida en las conductas) que reconocen y a la que ajustan y atemperan, de modo que el derecho se configura de acuerdo con dicha estructura. En la voluntarista, la función del derecho no sólo es la de crear un orden jurídico, sino además la de instaurar un orden ético, ya que, al mandar o prohibir las conductas, las erige, respectivamente, en buenas y malas.

Razones argumentales esgrimidas. Los intelectualistas consideran que la norma es, ante todo, una construcción racional y que pretender fundamentarla en la voluntad de quien la dicta es abrir la puerta a toda suerte de arbitrariedades, pues el derecho se resolvería en el puro capricho del legislador, resultado al que no puede llegarse cuando quien hace la ley tiene que someterse a una realidad objetiva que le muestra lo que por sí es bueno o malo. Para los intelectualistas, el voluntarismo conduce inevitablemente a la tiranía. Los voluntaristas arguyen que lo que realmente caracteriza a la norma es el mandato o imperium que en ella se contiene; pero siendo el imperare un acto propio de la voluntad es evidente la primacía de ésta en la constitución de la ley. Un precepto puramente racional deja de ser precepto al carecer de imperium, para

convertirse en una mera construcción intelectual, todo lo que perfecta que se quiera, pero incapaz de vincular las voluntades de los súbditos, como carece de poder de obligar, por ejemplo, un postulado matemático. Desde el punto de vista voluntarista, el intelectualismo se resuelve en carencia de normas, es decir, desemboca en la anarquía.

Los riesgos que implican una y otra tendencia postulan una solución intermedia, la ley, en cuanto que es preceptiva, debe proceder, por supuesto, de la voluntad del legislador; pero, al propio tiempo, esta voluntad quiere lo que el entendimiento ha juzgado respecto de la bondad o malicia de los actos. Solución raciovoluntarista que concilia las tendencias opuestas y sigue el camino iniciado ya por San Agustín cuando, al definir la ley eterna, empleaba la fórmula "razón divina de la voluntad de Dios".

- DUNS ESCOTO

Escoto es el primer franciscano claramente opuesto al tomismo y adopta una postura voluntarista. Santo Tomás: la voluntad quiere porque la razón, al conocer el bien, determina a aquélla hacia el mismo (intelectualismo). Escoto: es el amor a Dios y no su contemplación intelectual lo que justificará al hombre. Pero el amor es un acto de voluntad, por lo que debe afirmarse el primado de esta potencia sobre la intelectiva (voluntarismo).

Contingentismo físico. Escoto parte de él. El primado de la voluntad sobre la inteligencia no sólo lo establece respecto del hombre, sino también cuando se trata de Dios. La actividad divina tiene igualmente como causa inmediata Su voluntad y no Su razón; Dios al crear las naturalezas no las quiso crear como son porque las mismas sean racionales, sino que son racionales porque quiso crearlas así. Dios pudo crear un universo en el que las leyes físicas fueran distintas de las actuales o contrarias; pensar otra cosa es disminuir la omnipotencia divina sometiéndola en su obrar a las condiciones impuestas por la necesidad de las naturalezas. Por consiguiente, lo que hoy llamamos necesario fue contingente –es decir, pudo no ser, o ser de otra manera– en el momento de la creación.

Contingentismo moral. El contingentismo físico es el precedente del contingentismo moral. Escoto extiende a las leyes éticas lo afirmado en las leyes físicas. Para él todo el mundo moral –que constituye el contenido del derecho natural y está expresado en el Decálogo– es como es, pero pudo ser de otro modo si así lo hubiese querido Dios. La voluntad de Dios es, por consiguiente, la única causa determinante de los preceptos naturales; y del mismo modo que en el orden físico todo ser o naturaleza depende exclusivamente de esa voluntad, en el orden moral todo debe proceder igualmente del libérrimo querer divino. La bondad o malicia de un acto no es algo intrínseco a él, sino un carácter adventicio que proviene de que haya sido ordenada o prohibida por Dios la conducta de que se trate.

Escoto limita el contingentismo moral a la llamada "segunda tabla" del Decálogo: los preceptos que regulan las relaciones del hombre con el prójimo, no extendiéndolo, en cambio, a la "primera tabla" o preceptos que ordenan la relación del hombre con Dios, los tres primeros mandamientos entiende que nunca podrían haber sido diferentes de cómo son, puesto que Dios el sumo Bien, jamás pudo ordenar el odio hacia Sí mismo.

Prácticamente, toda la ley natural se reduce, pues, para Escoto a pura voluntad y el voluntarismo lo aplica a toda ley, su posición queda abierta al positivismo jurídico, al no reconocer en la ley ninguna inmutabilidad ni más fuerza que la que le puede venir de la pura voluntad del legislador. En cuanto al derecho natural, sólo es el contenido en la primera tabla, pudiendo afirmarse que los preceptos de la segunda constituyen un derecho natural sólo en sentido amplio. Este iusnaturalismo, además de tímido y reducido, no lo es en un sentido estricto, sino que debe enmarcarse en aquellas doctrinas que afirman la existencia de una ley moral natural (en el caso de Escoto, el Decálogo en su primera tabla) que, en un sentido riguroso, no puede entenderse como derecho natural por las razones que ya conocemos.

- GUILLERMO DE OCKHAM Y EL TRÁNSITO A LA MODERNIDAD

Aunque coincida con Escoto en puntos, Ockham somete a revisión el sistema escotista, completando un camino que aquél inició, pero que acaso no se atrevió a proseguir y llevar a sus últimas formulaciones. Parte de un positivismo radicalmente voluntarista: Dios puede hacer lo que quiera, pues sería contradictorio con su propia esencia el suponer que la voluntad divina está sujeta a condicionamiento previo alguno; Dios hubiera podido venir a este mundo en forma de piedra, de tronco de árbol o de asno. El contingentismo físico es, en el, extremo; toda naturaleza es contingente, todo ha podido tener una estructura absolutamente distinta de la que posee.

El contingentismo moral se extiende también a los preceptos de la primera tabla del decálogo. Ockham no ve razón alguna por la que Dios no hubiera podido, si esa fuere su voluntad, ordenar el odio hacia Sí.

Las consecuencias de este radicalismo tienen que proyectarse necesariamente sobre el derecho natural. Porque no es ya que no pueda derivarse el contenido de éste a partir de la naturaleza de las cosas, dada la esencial contingencia de todo ser, es que, además ni siquiera deja subsistente aquella mínima representación del derecho natural que en Escoto significaban los preceptos de la primera tabla, pasando en bloque todo el contenido iusnaturalista a la inestable región de lo contingente. Estrictamente hablando, resulta difícil pensar en un derecho natural en Ockham, y habría que preguntarse si no ha desaparecido para ser sustituido por un simple positivismo teónomo.

El espíritu que inspira a Ockham se manifiesta en su nominalismo: los géneros y las especies no tienen realidad alguna ni en las cosas ni en la mente divina, sino que son meros conceptos o modos de designación de los caracteres comunes que apreciamos en seres análogos, son simplemente "nombres", nomina, que damos a las cosas análogas. Con lo que aquel universo ordenado se atomiza en una pluralidad inacabable de realidades particulares, rompiéndose la visión unitaria y jerarquizada del mundo.

Pero si no existen los universales en la realidad, el único conocimiento verdadero será el de los seres concretos y singulares, que son sólo los realmente existentes. De ahí la desconfianza de Ockham hacia la ciencia especulativa, que se funda en el presunto conocimiento de realidades abstractas y de ahí también que se incline por las ciencias empíricas, basadas en la intuición concreta e inmediata de lo singular, que tan gran desarrollo tendrán en la época subsiguiente. En cuanto a la separación entre filosofía y teología: de Dios no podemos tener un conocimiento directo, como lo tenemos de las realidades singulares, por lo que hemos de conformarnos con lo que se contiene en la Revelación y nos enseña la fe; la teología no es, pues, ciencia racional ya que las verdades de fe no pueden conocerse de modo intelectual.

Voluntarismo, nominalismo, separación de filosofía y teología. Con él acaba la filosofía medieval y se inicia la vía moderna.

TEMA 27.- EL PENSAMIENTO RENACENTISTA.-

• EL RENACIMIENTO COMO RENOVACIÓN CULTURAL

Entre el ocaso de la escolástica y la instauración definitiva del pensamiento racionalista se halla la fecunda etapa del renacimiento, que imprime a las ideas cuños nuevos y abre a las mentes rumbos renovados.

El espíritu renacentista constituyó un modo de ser y de pensar que fue extendiéndose por Europa, a partir de Italia, del modo difuso e inconcreto como se propagan las Ideas.

Las dos directrices que dominan la cultura renacentista, por lo que a filosofía se refiere, consisten en el repudio del pensamiento escolástico y la restauración del greco-latino. La escolástica de la última etapa, con sus sutilezas y su embrollada dialéctica, había producido un pensamiento fatigante y esterilizador del que bien poco cabía esperar ya, como no fuera su definitiva y afortunada desaparición. En cuanto a la vuelta al mundo clásico, el hombre renacentista lo realiza con un entusiasmo fervoroso más sentimental que racional, más

devoto que crítico; se alaba lo griego y lo latino sólo por serlo. Corre por Europa un acusado regusto por el aprendizaje y empleo de las lenguas clásicas, se helenizan o latinizan los apellidos.

• PERFIL FILOSÓFICO DEL RENACIMIENTO

El Renacimiento se inclina más Platón que por Aristóteles; la exuberancia del pensamiento platónico, su elegancia en el decir, tiene que subyugar al hombre renacentista mucho más que la fría racionalidad del Estagirita; y éste había nutrido buena parte del pensamiento escolástico medieval, lo que por sí solo tenía que hacerle sospechoso para la nueva mentalidad. También el viejo sistema estoico va a tener sus nuevos adeptos en esa época, pues la serenidad, la elegancia y la finura de espíritu del estoicismo se avenían muy bien con el talante de los renacentistas.

En casi una sola generación varían los esquemas intelectuales y parece como si una Humanidad radicalmente nueva hubiera surgido en el lugar de la anterior. Todo contribuye a este brusco cambio de decorado y de personajes; no sólo las concepciones ideológicas, estéticas y sentimentales apoyadas en una revalorización de las culturas de la Antigüedad clásica, sino también la incorporación a la historia de Occidente de nuevas tierras descubiertas, así como la profusión de inventos, que vienen a revolucionar la realidad política plasmada en formas nacionales fraccionadas frente a la anterior estructura integradora y totalizadora del Imperio.

Los rasgos generales de la vida religiosa y del espíritu en este período. La unidad de la Iglesia, que se vio gravemente amenazada por el Cisma de Occidente, empieza de nuevo a resentirse apenas terminado éste, por las tendencias reformistas que desembocarían en el protestantismo. También surgen las tesis cesaristas, que reivindican la independencia del poder real respecto de la autoridad temporal del Pontífice, por lo que los Estados se van alejando de la tutela del Papado y produciéndose una laicización del poder civil. Se advierte, por último, una paulatina descristianización o paganización de la sociedad, contribuyendo a ello el espíritu humanista que acompañó al Renacimiento y que sustituyó el clásico esquema teocéntrico por un sistema antropocéntrico.

- LA ESCUELA ESPAÑOLA DEL DERECHO NATURAL
- La escolástica española de los siglos XVI y XVII.–

Se produce un resurgimiento, por obra de españoles, de la filosofía escolástica. Pero lo que se produce es una reelaboración de la doctrina escolástica, remozada con el espíritu de la nueva época; renovación que va desde la forma externa de exposición (una mayor agilidad y un tratamiento aislado e independiente de las cuestiones, huyendo de las ingentes Sumas medievales), hasta el planteamiento de la problemática filosófica, en la que se dejan a un lado temas que un día fueron clásico, y se da entrada, en cambio, a otros que el curso de las ideas y de los acontecimientos históricos han planteado con caracteres de urgencia.

En este último aspecto, los autores sienten una predilección especial por los temas de filosofía política y por el derecho de gentes. Aquélla, porque nos hallamos en plena época de las monarquías absolutas y se hace indispensable, frene al poder omnipotente del monarca, crear un sistema racional de limitaciones al mismo y de garantías del súbdito. Y en cuanto al derecho de gentes, su actualidad le viene del hecho de ofrecer la política de los tiempos la realidad insoslayable de una pluralidad de naciones soberanas, cuyas relaciones es imprescindible enmarcar en cauces jurídicos y, en el caso especial de España, el derecho de gentes se hace necesario como ordenamiento jurídico que regule la conquista y colonización de los extensos territorios americanos.

Lo que significa la escolástica española de estos siglos no es un restablecimiento de la doctrina clásica medieval, sino una reelaboración de la misma, de suerte que, manteniéndose los postulados vertebrales de aquélla, respetadas las ideas axiales que integran su base y fundamento, reciben esos postulados y esas ideas un tratamiento adecuado a las estructuras culturales, histórico-políticas y sociales de los nuevos tiempos. Por eso autores escolásticos e incluso tomistas, ofrecen para ciertos problemas soluciones distintas a las que dio

Santo Tomás, sometiendo así a revisión ponderada todo el pensamiento cristiano medieval, si bien siempre respetando, por supuesto, los límites dogmáticos, y con un sentido de devoción reverencial hacia una doctrina tan cargada de tradición.

- Rasgos generales de la Escuela española. –

La Escuela española de Derecho natural designa a un grupo de autores que se preocuparon por el problema iusnaturalista y se caracteriza por la condición hispánica de la escuela y por ocuparse por el tema iusnaturalista.

La calificación de española es oportuna, puesto que en la historia de la filosofía jurídica se conoce otra Escuela de Derecho natural, la racionalista, siendo necesaria aquella apelación a la nacionalidad como signo diferenciador. Y respecto de la atención de la escuela hacia el derecho natural bastan las obras en las que los temas iusnaturalistas encuentran extenso desarrollo y tratamiento independiente, no englobados en obras de contenido teológico, filosófico, ético o político.

Otros rasgos generales: absoluta fidelidad al dogma; cultivo de la teología, presupuesto inexcusable cuando se reconoce al derecho natural una vinculación con Dios, la gran mayoría de los autores son eclesiásticos y profesos en dos órdenes religiosos, la de Santo Domingo y la Compañía de Jesús.

- Principales tesis. –

- Francisco de Vitoria, Dominicano, llamado el creador del derecho internacional. Escribió un comentario a la Secunda Secundae, de santo Tomás, en el que expone la doctrina sobre la justicia y la ley natural, las relaciones de ésta con las normas del derecho positivo y sus caracteres y contenidos. Enseñó en la Universidad de Salamanca y es el seguidor más fiel del Aquinatese.
- Domingo de Soto, Dominicano, profesor salmantino, autor de numerosas obras teológicas y filosóficas y de una jurídica "Diez libros sobre la justicia y el derecho", donde recoge lo fundamental de la doctrina de Vitoria, su maestro. En dicha obra establece la distinción entre derecho natural, derecho de gentes y derecho positivo, considerando los dos últimos como sendas derivaciones del primero.
- Domingo Báñez, De la Orden de Predicadores, muy significado por sus conocimientos de teología, sobre la que escribió numerosas obras, así como otras filosóficas y una de carácter jurídico, que es un comentario a la Secunda Secundae de Sto. Tomás, puntualiza las distinciones entre el derecho natural, el de gentes y el positivo.
- Luis de Molina, Jesuita, producción jurídica representada por los "Seis libros sobre la justicia y el derecho", la obra más extensa de la escuela sobre dichas materias; aparte de su exhaustivo tratamiento de la justicia, siente preferencia por los problemas del derecho de gentes, como el de la guerra, al que dedica abundantes páginas.
- Francisco Suárez, Jesuita, el autor de la Escuela española de mayor altura, no sólo por su cuantiosa producción teológica y filosófica, sino, sobre todo, por su originalidad y profundidad de pensamiento; puede considerársele una de las primeras figuras de la filosofía hispana y como un metafísico de talla. La obra jurídica más característica contiene una monumental y completísima exposición de la teoría de la ley, en la que examina hasta agotarlo el tema iusnaturalista.

- Puntos básicos de la doctrina de la Escuela. –

Afirmaciones capitales en torno al derecho natural:

- El derecho natural es de origen divino. Consecuencia lógica de la concepción de la ley natural como una participación de la ley eterna, cuyo autor es Dios.
- El derecho natural coexiste con el positivo. Siendo necesarios el uno al otro; el positivo precisa del

natural para obtener de él adecuado fundamento y el natural del positivo para concretarse y explicitarse a través de los preceptos del mismo.

- El derecho natural tiene un carácter objetivo y normativo. No constituye un repertorio de ppios. axiológicos o éticos, sino que contiene auténticos preceptos; es obligatorio y vigente, no meramente indicativo.
- El derecho natural es conocido por todos en cuanto a sus primeros preceptos. Pudiendo darse ignorancia en algunos sujetos y respecto de supuestos concretos, respecto de los preceptos secundarios.
- El derecho natural es uno, inmutable y universal. En cuanto se refiere a los primeros preceptos, y como regla general, respecto de las conclusiones de aquéllos.
- El derecho natural se distingue del de gentes por su origen y por la índole de sus preceptos. En el primero es la naturaleza y en el segundo el consentimiento tácito de los pueblos. Los preceptos del derecho natural responden a la bondad o malicia intrínseca de las cosas respectivamente ordenadas o prohibidas, mientras que las normas del derecho de gentes se refieren a materias puramente contingentes, cuya bondad o malicia resultará, por tanto, de lo que determinen tales normas, de suerte que serán buenas las acciones prescritas y malas las prohibidas.

Si bien la mayoría de los autores de la escuela se pronunciaron por la tesis intelectualista de Santo Tomás, ente los juristas españoles del Siglo de Oro surgió alguna posición un tanto anómala inspirada en el voluntarismo, lo que provocó reacciones que condujeron a conclusiones no del todo ceñidas a la doctrina clásica tomista como fueron las de Fernando Vázquez de Menchaca y Gabriel Vázquez.

TEMA 36.- LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-

• NECESIDAD DE LA POSITIVACIÓN

Si se entienden los derechos fundamentales como una realidad suprapositiva anterior al derecho positivo, la fórmula es válida, pero resultará utópica en el terreno práctico. El sistema tutelar tiene que ser proporcionado por el derecho positivo, el cual determinará los modos y circunstancias en que el derecho o la libertad pueden ejercerse sin trabas, así como las fórmulas y procedimientos utilizables por el titular cuando así no fuera. Para lo cual resulta inexcusable que el propio ordenamiento comience por reconocer que tales derechos existen, formulándolos a través de sus normas.

Se entiende por positivación, el proceso por el que los derechos fundamentales son recogidos y formulados por las normas positivas, haciendo así posible su ejercicio eficaz.

• INTERPRETACIONES DE LA POSITIVACIÓN

- Para una postura iusnaturalista. El hecho de la positivación no tiene otro sentido que el término de un proceso lógico: los derechos humanos sólo pueden ejercitarse de modo normal si están recogidos en unas normas jurídicas, pues sólo así puede el sujeto hacer un planteamiento procesal ante los Tribunales, recabando de ellos la protección adecuada. Luego la positivación añade el hecho de su reconocimiento por las normas positivas, lo cual les permite entrar dentro del sistema de garantías que éstas establecen.
- La posición positivista. La positivación no tiene una función meramente declarativa, sino una función constitutiva: los derechos fundamentales sólo existen en tanto en cuanto aparecen recogidos en las normas positivas, siendo una pura utopía pensar en una previa existencia de los mismos en igual medida que utópica la creencia en un orden jurídico que no sea el positivo. Si un derecho fundamental no está formulado normativamente no es nada, ya que el titular de ese presunto derecho previo ni puede alegarlo ante los Tribunales, ni esgrimirlo ante el poder ni lucrarse del sistema de garantías que el orden jurídico positivo ofrece. Los derechos humanos son creación de la norma jurídica, los hombres no podrán contar con más derechos fundamentales que los que figuren como tales en la Constitución o en otros medios de positivación previstos por el ordenamiento del país.
- La actitud realista. Entiende la positivación como un paso necesario para el efectivo disfrute de los

derechos fundamentales, los cuales, ni proceden de instancias metafísicas, ni son producto de la norma jurídica. Las condiciones socioeconómicas de cada momento histórico serán las que aconsejen la positivación, a través del ordenamiento, de los derechos fundamentales, de modo que aquélla no se producirá con arreglo a unos cánones predeterminados sino que dependerá en cada una y en cada momento histórico de las mencionadas condiciones económicas y sociales, a las que los derechos en cuestión quedan, por tanto, estrechamente vinculados; se trata, en definitiva, de una aplicación de la tesis marxista del análisis concreto de la realidad concreta. Con todo ello, la positivación se transforma en una cuestión política. La actitud realista pone especial énfasis en las garantías jurídicas que el ordenamiento debe establecer para el ejercicio eficaz de los derechos humanos.

- **LOS MODOS TÉCNICOS DE LA POSITIVACIÓN Y SU CRÍTICA**

- La Constitución. Es el texto legal específicamente apto para positivar los derechos fundamentales, pero cabe también que desde otras instancias se formalicen derechos y libertades, con lo que pierde esa exclusividad. Unas veces, los derechos se proclaman en el Preámbulo mientras que en otras ocasiones se insertan dentro del articulado; la primera fórmula ha suscitado la duda en algunos autores de si los Preámbulos tienen o no valor normativo, pues si no lo tuvieran no se alcanzaría la positivación de los derechos incluidos en ellos. Desde otro punto de vista, los derechos y libertades, o bien están regulados en el propio texto constitucional o bien éste se limita a enunciarlos encomendando a una futura ley la regulación del alcance de su contenido y ejercicio, dando así paso a la positivación por el poder legislativo; pudiendo una Constitución recurrir simultáneamente a uno y otro procedimiento.
- Declaración universal de derechos humanos. Es una segunda posibilidad de positivación. La declaración de la ONU representa la expresión del deseo de todos los pueblos de reconocer y tutelar una serie de derechos y libertades con el carácter de fundamentales. Se plantea el problema de si esta Declaración constituye, en efecto, una positivación normativa de los derechos humanos o si se trata sólo de simples formulaciones programáticas, aspiraciones que no tendrán fuerza vinculante ni serán vehículo de una auténtica positivación.
- Positivación a través del poder legislativo. Son necesarias unas leyes, a las que la propia Constitución remite, en las que se fijarán y concretarán los derechos enunciados, señalándose su ámbito y contenido y los límites de su ejercicio. El grado de esta especie de delegación del poder constituyente en el legislativo es variable, desde Constituciones que no dejan a éste más tarea que la del puro desarrollo de los preceptos constitucionales hasta otras más laxas en que abundan las remisiones a futuras leyes, ampliándose así notablemente la función positivadora del legislativo.

Lo cual es, por lo menos, arriesgado. Si la Constitución se ciñe a grandes enunciados, es claro que en el desarrollo de los mismos el legislativo tiene ante sí un amplio campo de acción, en el que puede llegar a distorsionar el sentido de derechos y libertades, bastándole, para justificar su actuación, con alegar la sumisión a las vagas declaraciones constitucionales. Y en las democracias parlamentarias el poder legislativo está en manos de la mayoría de turno, con lo que algo tan importante como la positivación de los derechos y libertades queda pendiente de las modificaciones que puedan producirse en la vida política del país.

- Positivación efectuada por el poder ejecutivo. La Administración, a través de normas (no son leyes) delimita, puntualiza, regula el ejercicio de este o aquel derecho. es forzoso reconocer que un abuso puede desviar de modo esencial la intención y naturaleza del derecho o libertad sobre el que se aplique, invadiendo esferas que por sí corresponden al poder legislativo cuando no violentando el espíritu de la propia Constitución al dar a los derechos un sentido que acaso no estuvo en la mente del poder constituyente.

La función positivadora del ejecutivo exige que esté rodeada de toda suete de cautelas y perfectamente delimitada su área de actuación, de modo que, por un lado, no invada competencias del legislativo y, por otro, quede sometida al control de los Tribunales, ante los que los ciudadanos puedan acudir para contrastar (y, en su caso, enmendar) posibles extralimitaciones de la Admón.

- El poder judicial. Puede tener función positivadora de los derechos fundamentales cuando se atribuye a los Tribunales la posibilidad de interpretar el alcance y contenido de aquéllos en los puntos en que el texto constitucional o las leyes que lo desarrollen adolezcan de imprecisiones o lagunas. En los sistemas de tradición anglosajona reviste una especial relevancia por la eficacia vinculante que los precedentes judiciales tienen en dichos sistemas jurídicos. Entre nosotros, la importancia está en la tutela de los derechos y libertades.

- PROCESO HISTÓRICO DE LA POSITIVACIÓN
- Progresiva extensión de los derechos y libertades.–

Suele hablarse de una historia y de una prehistoria (una etapa en la que lo que hoy llamamos derechos humanos no han aparecido todavía con la configuración que en la actualidad tienen).

En la Edad Media los precedentes de los actuales derechos fundamentales están constituidos por privilegios o concesiones que los monarcas hacen a favor de los habitantes de ciudades o villas concretas o bien de los miembros de estamentos sociales determinados. Se otorgan con criterio particularizador y en beneficio de personas concretas. Este estado de cosas es lo que ofrece la prehistoria.

El comienzo de la historia está marcado por la generalización de las concesiones reales a todo el cuerpo social, aunque no la totalidad de la población, pues todavía existen grupos marginales. El segundo momento del proceso es el de la universalización, que coincide con la aparición de las Declaraciones de derechos, donde el reconocimiento de los derechos y libertades (ya no son concesiones ni privilegios) se hace atribuyéndolos a todos los hombres, es decir, más allá de los límites del Estado que hace el reconocimiento. Pese a la universalización, no se correspondieron siempre las enfáticas proclamaciones de los textos con la realidad vivida (por ej., lo que tardó en admitirse el voto femenino o el sufragio censitario y la esclavitud). Ha sido nuestro siglo el que ha culminado el proceso con la internacionalización de los derechos humanos, mediante la Declaración de la ONU de 1948 y los Pactos subsiguientes. Su importancia está en que, por primera vez, una Declaración es expresión de la conciencia universal y formulada por un organismo que acoge a todas las naciones: lo que antes se decía desde el estado se afirma ahora desde fuera del Estado.

- Incorporación sucesiva de las distintas clases de derecho.–

Los derechos y libertades que actualmente suelen expresarse en las Constituciones no han sido positivados de un modo simultáneo, sino que su incorporación a los textos jurídicos ha seguido un proceso en el que han ido apareciendo sucesivamente los tres bloques de derechos en que se acostumbra a catalogar éstos: civiles, políticos y económicos–sociales y culturales.

- Los derechos civiles son aquellos que afectan de modo más directo a la persona en cuanto se refieren a sus aspectos más íntimos, entre ellos, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la propiedad, a la libertad, a la dignidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la libre profesión de una religión, a la inviolabilidad de domicilio, etc. Resulta lógica su prioridad en la positivación, ya que lo primero que el hombre siente necesidad de garantizar es la esfera en la que se mueve su personalidad más esencial: la propia existencia, el ámbito de la conciencia, su patrimonio y su habitación; pero también ayudaron circunstancias históricas.

El derecho a la vida no requirió una consagración formal ya que la existencia humana ha tenido en todo momento una protección penal y algo parecido ocurre respecto al derecho a la propiedad, ya que ésta es una institución jurídica que ha existido siempre contando con protección normativa. Los derechos que se mueven en el área de la conciencia surgieron como consecuencia del fraccionamiento de la unidad religiosa operada en el s. XVI por la Reforma protestante y la escisión de la Iglesia de Inglaterra. La primera preocupación fue la de obtener del poder el reconocimiento de unos derechos que iban a asegurar la libertad de profesión religiosa y de culto, reconocimiento que no se produjo siempre ni pronto.

La proclamación plena y solemne de los derechos civiles acontece al redactarse las primeras Declaraciones; la de Virginia y la francesa son ejemplos.

- Los derechos políticos son aquellos que se refieren en general a la intervención del ciudadano en la vida pública, tales como el derecho de sufragio, a participar en el gobierno, a vigilar la actividad del poder, al control de los impuestos, a la libertad de sociación y de reunión, a la expresión libre y pública de ideas, etc.

La positivación de estos derechos y libertades se produce por vía constitucional a lo largo del s. XIX, centuria que se caracteriza por una constante preocupación por el perfeccionamiento de las instituciones democráticas y por el juego de garantías requerido para conseguir un equilibrio entre el poder y los ciudadanos.

- Incorporados a las Constituciones los derechos políticos, que se suman a los civiles, quedaba satisfecho el ppio. de la libertad, pero no estaba desarrollado el ppio. de igualdad, no había pasado de esta consagración puramente teórica. Hasta ese momento estaban asegurados los derechos a la vida, a la propiedad, a la seguridad y a la libertad, es decir, los clásicos derechos de la burguesía, pero en la sociedad constituida sobre esos pilares persistían unas irritantes desigualdades reales entre los poseedores de la riqueza y la gran masa proletaria que aportaba el trabajo. Los desniveles económicos hacían imposible la efectiva paridad en las relaciones entre capital y trabajo, en las que quedaba también comprometida la libertad de los menos favorecidos.

Durante el s. XIX el proletariado va adquiriendo conciencia de clase y presenta sus reivindicaciones: contemplar los derechos del hombre en cuanto miembro de la sociedad, derechos que habrán de garantizar la participación igual de todos en los beneficios que comporta la propia vida social, en las aportaciones y realizaciones del Estado, en los bienes comunitarios. Nacen así los derechos económicos-sociales, a los que se añaden, ya en nuestro siglo, los derechos culturales que aseguran el acceso de todos, en igualdad de condiciones, al mundo de la educación y a los productos culturales. El derecho al trabajo, a su remuneración digna, a la seguridad e higiene en el mismo, a la seguridad social, a la huelga, a la sindicación, al descanso, a la igualdad de oportunidades en el acceso a los distintos niveles de enseñanza, a la libre investigación, a participar en la vida cultural, etc.

• LOS DERECHOS DE LA CUARTA GENERACIÓN Y SU POSIBLE POSITIVACIÓN

Se tratan de derechos que están apareciendo en nuestros días como consecuencia del advenimiento de nuevas realidades sociales y científicas, de nuevos modos de vida que pueden afectar al hombre de manera radical.

Debido a la concentración poblacional en las ciudades el hombre queda obligado a una continua convivencia masiva y como éste necesita en ocasiones estar solo, puede llegar el momento en que el disfrute, aunque sea temporal, de esa soledad no conseguida sea una necesidad tan apremiante que genere un nuevo derecho natural. Otro ejemplo puede estar en los avances de la biogenética con la manipulación de los factores hereditarios, podría pensarse en el derecho fundamental a la intangibilidad de la dotación genética personal. Asimismo en el campo de la informática y de los medios de comunicación a distancia se puedan dejar inoperante el actual derecho a la intimidad y ser sustituido por otro más eficaz en consonancia con sus progresos.

Desde el punto de vista fáctico, parece innegable que tales derechos se imponen pero, en el terreno teórico, ¿cabe hablar de que surjan nuevos derechos?. Partiendo de la postura positivista no existe problema: si los derechos fundamentales nacen de la norma, bastará que ésta los incluya como tales y con ello quedarán constituidos. Desde la tesis iusnaturalista es más complicado, al entenderse que esos derechos se asientan en la naturaleza del hombre, la aparición de uno nuevo pudiera considerarse como la manifestación de que se ha producido una mutación en esa naturaleza. Los derechos fundamentales responden a exigencias o necesidades de la naturaleza humana, pero es claro que esas exigencias lo son frente al medio en que el hombre se mueve, de manera que la variación de éste puede hacer brotar una necesidad que no se experimentaba en las

circunstancias anteriores, dando así lugar a un nuevo derecho cuya positivación hará posible su eficaz ejercicio.

Lo que sucede es que en aquellas Constituciones que contienen una lista cerrada de derechos fundamentales la incorporación de uno nuevo implica la modificación de la Ley fundamental, como es el caso de la española, en el que además es necesario complicados requisitos.

Caben otros procedimientos de positivación (a través del poder legislativo, ejecutivo y judicial), pero obrando rectamente, deben limitarse en este punto a desarrollar y regular el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, de modo que sigue gravitando sobre ella, de modo primordial, la posibilidad de incorporación de nuevos derechos.

TEMA 35.- LÍMITES Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS.-

• LA LIMITACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La limitación afecta a todos ellos. Hay una primera limitación genérica: si los derechos (todos los derechos) son proyecciones del sujeto en cuya personalidad se insertan y si, por otra parte, la persona humana es esencialmente limitada, esta limitación tendrá forzosamente que alcanzar también a los derechos de que el hombre es titular. Peces-Barba distingue dos especies de límites, los intrínsecos y los extrínsecos.

• LÍMITES INTRÍNSECOS

Son aquellos que se derivan de la propia naturaleza de los derechos, que ostentan el carácter finalista de todo lo humano. Cada derecho fundamental protege un determinado valor de la persona, de modo que sólo se justifica en tanto en cuanto su ejercicio sea realizado con esa orientación teleológica; ejercer un derecho más allá de su expresa finalidad no es ya usar el derecho, sino abusar de él. Sobre esta base se ha elaborado en el presente siglo por la doctrina la teoría del abuso del derecho, que se opone a la concepción individualista antes mencionada. Aunque la doctrina se ha formulado en relación con el ejercicio de los derechos positivos, es perfectamente aplicable a los derechos humanos.

• LÍMITES EXTRÍNSECOS

Son los derechos de los demás. La moral, el orden público y el bien común.

- El límite proveniente de los derechos de los demás. El derecho se mueve siempre dentro de un contexto social, por lo que en él han ejercitarse los derechos subjetivos; la presencia en el grupo de otros sujetos con idénticos derechos que el titular impondrá necesariamente unos límites a la actuación de éste: mi derecho se verá limitado por el derecho del otro, de igual condición que el mío, y viceversa.
- El hombre está sometido al orden moral. Las prescripciones de éste constituirán también un límite para el ejercicio de los derechos humanos. No nos estamos refiriendo a una moral concreta, expresada en catálogos de preceptos, hablamos de la moral social, que es el conjunto de valores éticos reconocidos y aceptados como vigentes por una determinada sociedad; cada grupo considera unas conductas como éticamente positivas y otras entendidas como reprochables según el sentir general. Esta moral no es la misma en todas las sociedades y tiene un acusado componente histórico, de suerte que sus postulados, dentro del mismo grupo, pueden variar al compás de los cambios operados en él, si bien hay ciertas ideas éticas más arraigadas que suelen ser permanentes. Cuando el ejercicio de un derecho fundamental lesione esta moral social es claro que la misma constituirá un límite a dicho ejercicio.
- El orden público. Generalmente, por orden público se entiende el puro orden callejero o ausencia de perturbaciones materiales, tales como alborotos, algaradas, motines, sediciones, en suma, ausencia de desórdenes. Pero el concepto que examinamos es un concepto jurídico y su contenido es notoriamente más amplio. Para nosotros, el orden público es eso, pero no sólo eso, sino también una serie de factores cuya

ausencia haría imposible una convivencia aceptable: el respeto por la legalidad, la delimitación de las esferas del poder, la existencia de una seguridad jurídica. Orden público es el conjunto de condiciones de la vida de convivencia que hacen posible que los individuos y los grupos puedan alcanzar y desarrollar sus fines peculiares en un ambiente de seguridad y paz social. El orden público debe constituir un límite al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, cuando éste puede lesionar o perturbar aquél, pues el grupo, el conjunto no puede quedar a merced de la actuación de uno de sus miembros, por más que se trate del ejercicio de un derecho fundamental.

- El bien común o bienestar general. Estamos ante un concepto que hace referencia a algo colectivo, social. En la configuración de la idea ha de ponerse exquisito cuidado para conciliar adecuadamente lo que de transpersonalista tiene que contener, por su inexcusable referencia a lo social, y una visión también humanista. Ya que en definitiva de nada servirá el bien común si el beneficiario del mismo no es, junto con la sociedad, cada uno de sus miembros: no pensarlo así es situarse en una posición totalitaria. El bien común se integra por un conjunto de circunstancias, condiciones y realidades físicas. Una sociedad posee un bien común próspero cuando en ella se da una buena administración de justicia, una adecuada red de transportes, una suficiente asistencia sanitaria, un eficaz sistema educativo, etc., es decir, decir cuando las cosas marchan bien. Dada la necesaria conexión entre el bien común y los bienes particulares, allí donde existan tales condiciones no sólo será próspero aquél, sino que esa prosperidad se comunicará a los miembros del grupo; de igual modo que un bien común deteriorado dificulta el crecimiento de los bienes particulares. Según Juan XXIII el bien común es el conjunto de condiciones sociales que permiten a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección. Se comprende que el bien común pueda representar un límite al ejercicio de los derechos en los supuestos en que tal ejercicio impida o dificulte a los ciudadanos ese desarrollo de sus potencialidades.
- LIMITACIONES DE DERECHOS Y SEGURIDAD JURÍDICA

Si a las limitaciones de los derechos fundamentales no se le da un tratamiento legal adecuado, representa un riesgo permanente para las libertades de los sujetos.

En los países no democráticos o en aquellos en que la democracia no tiene el debido desarrollo, la apelación a las limitaciones es el recurso más cómodo para dejar las manos libres al poder mermando la eficacia de los derechos fundamentales. Pero incluso donde está implantado el Estado de derecho, esta materia es delicada por demás, pues si las leyes no son demasiado estrictas a la hora de fijar límites a los derechos humanos, el por se debilita inevitablemente y se fomenta la anarquía; si al contrario, el ordenamiento jurídico se excede en el señalamiento de limitaciones, padece la libertad de los súbditos y se abre la puerta a la tiranía. En cualquier caso, lo que procede es que las leyes reguladoras del repetido ejercicio sean absolutamente precisas y claras para que quede a salvo la seguridad jurídica de los ciudadanos.

- DETERMINACIÓN DE LÍMITES

Esta misión ha de estar confiada a los jueces, en los casos de la moral social, el orden público y el bien común, porque como la posible infracción o abuso no afecta directamente a ninguna persona concreta, no es presumible que un particular tome la iniciativa; y también en el supuesto de lesión de otro derecho de un individuo, porque no es dable pensar que sea el perjudicado quien determine el perjuicio, del mismo modo que, tratándose de cualquier otro derecho, el presunto lesionado debe recurrir a los Tribunales.

La determinación de los límites del ejercicio de los derechos fundamentales se resuelve, en la práctica, en una actuación de los jueces que necesariamente tiene que ser casuista puesto que son casos concretos sobre los que aquéllos tienen que pronunciarse; con lo que se corre el riesgo de que (en tanto no se consolide una cierta jurisprudencia) situaciones similares o incluso idénticas reciban tratamiento diferente, lo cual no es nada deseable en materia tan delicada como los derechos humanos.

Nuestra Constitución, después de reconocer el derecho a la difusión del pensamiento, la libertad de cátedra y otros similares, puntualiza que estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este

Título..., y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Esa formulación u otras similares siguen siendo tan genéricas que no excluyen la actuación judicial ante cada caso concreto.

• SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO

Un caso específico de limitación es el de la suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales, que significa una limitación generalizada y que afecta, por tanto, a todos los sujetos. Puede suceder que en determinados momentos de crisis o alteración grave de la convivencia social sea aconsejable dotar al poder de una mayor energía de modo que pueda adoptar medidas tajantes que no podría llevar a cabo estando vigentes ciertos derechos contradictorios con aquéllas, procediéndose a la suspensión de los mismos.

La suspensión está prevista en todas las legislaciones porque ciertamente puede llegar a ser necesario en algún momento recurrir a ella, pero en los países auténticamente democráticos la medida está rodeada de toda clase de precauciones y cautelas para evitar que el gobierno pueda hacer un uso abusivo de la misma. [Author ID1: at Thu Aug 13 11:20:00 1998] En primer lugar, no puede afectar a todos los derechos fundamentales; no se pueden suspender, por ejemplo, el derecho a la vida o el derecho a no sufrir torturas, además, ha de ser temporal y sólo en el lapso mínimo necesario para restablecer la normalidad. Por último, las acciones que la autoridad realice durante la suspensión deben estar sometidas [Author ID1: at Thu Aug 13 11:16:00 1998] (aunque sea a posteriori) al control judicial o parlamentario.

• GARANTÍA Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El reconocimiento de los derechos fundamentales es hoy prácticamente universal y puede decirse que no hay Constitución que no los recoja en su articulado. Pero si ese reconocimiento es sincero, si hay un deseo efectivo de que los ciudadanos posean y ejerciten unos derechos y libertades frente al propio Estado, éste debe ofrecerles unas garantías reales que aseguren que aquel ejercicio es eficaz y que la declaración constitucional no queda en puro papel mojado. Todo Estado de derecho debe contar con normas claras y precisas que establezcan procedimientos utilizables por los ciudadanos cuando éstos estimen que determinadas actuaciones del poder han recortado o anulado sus derechos y libertades.

Se plantea el tema de si deben reconocerse y garantizarse los derechos humanos incluso a quienes se valen de ellos para suprimir, precisamente, esos mismos derechos; es decir, si debe haber libertad para los enemigos de la libertad. Hallamos dos posiciones antagónicas: la de Recasens, quien sostiene que hay que prohibir y reprimir a toda costa que ningún individuo ni ningún grupo use sus libertades y derechos fundamentales para destruir las libertades y derechos del hombre. La de Peces-Barba considera que si se aceptase el planteamiento anterior, se dejaría un arma incontrolable en manos del poder político. ¿No sería un camino cómodo para destruir enemigos u opositores molestos atribuirles la intención de destruir la libertad?.

En la línea de la primera de las tesis se halla la Declaración de la ONU de 1948 al establecer que nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiera derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender o desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

Los sistemas de garantías son diversos. Normalmente, la protección y tutela de los derechos y libertades está encomendada a los tribunales, que actuarán a instancia del presunto lesionado. La competencia puede atribuirse a los Tribunales ordinarios o a un órgano jurisdiccional específico para entender de la materia, como es el caso español a través del Tribunal Constitucional, al que los ciudadanos pueden acudir ejercitando el recurso de amparo.

Existe también una protección de rango internacional: el Tribunal Europeo de derechos del hombre, ante el que pueden comparecer los ciudadanos de los Estados firmantes en queja frente al Estado propio cuando

entiendan que éste ha vulnerado sus derechos fundamentales.

Puede considerarse también como un instrumento de garantía y tutela una institución hoy existente en muchos países y cuyo precedente está en la figura del Ombudsman sueco; en España se denomina Defensor del Pueblo. Institución no judicial que recibe las quejas de los particulares, pudiendo éstas referirse al ámbito de los derechos humanos. Pero como sus facultades son sólo de investigación, carece de función de ejecutiva, con lo que su condición de instrumento de tutela y garantía de los derechos y libertades es muy limitada.

TEMA 18

EL CONOCIMIENTO FILOSOFICO DEL DERECHO.

- *Fundamentación, carácter y problemas del saber filosófico-jurídico.*

Se limita a indicar cuál es el fundamento y la razón de ser de su existencia, cuáles son los rasgos determinantes de su peculiaridad como saber jurídico y cuáles son los grandes temas o problemas de que se ocupa.

- El fundamento de existencia.

Hubo un tiempo (la época anterior a los sofistas) en que aún no había filosofía del derecho. Y hubo otro tiempo (la segunda mitad del siglo XIX) en que había sido desterrado de la mayor parte del ámbito de los estudios jurídicos. Sin embargo la propia historia general del pensar jurídico nos lleva de la mano hacia la conclusión del carácter necesario del conocimiento filosófico del derecho a través de esta decisiva constatación: las dos vías que han conducido de forma habitual el conocimiento humano hasta el nacimiento o la renovación de la filosofía del derecho (las preocupaciones de los juristas y la reflexión de los filósofos) han avanzado siempre por la presión de algún tipo de necesidades, intereses o aspiraciones de carácter necesario.

- El camino de las preocupaciones de los juristas.

El nacimiento o la intensificación de los planteamientos iusfilosóficos han sido aguijoneados con frecuencia por la incapacidad de los juristas para responder, desde el estricto círculo de su propia actividad, a muchos de los interrogantes profundos que tal actividad suscita (el renacimiento de la filosofía del derecho en las postrimerías del siglo XIX).

La segunda mitad del siglo XIX, el pensamiento filosófico sobre lo jurídico empezó a renacer en la mente y en las obras de varios juristas y científicos del derecho, precisamente cuando éstos se vieron obligados a hacer estas dos constataciones: que su propia reflexión era incapaz de explicar por sí sola los supuestos básicos en que ella misma se asentaba y que era también insuficiente para aclarar la problemática que plantean las ideas o principios directivos que dan sentido a tal derecho e incluso a las ciencias que lo estudia. Fue la conciencia de incapacidad la que disparó de nuevo, desde el campo de la práctica o de la ciencia jurídica, la reflexión filosófica sobre el derecho.

Por tanto, que los problemas con que tropiezan los juristas prácticos o los científicos de los derechos conduce de forma inexorable la reflexión jurídica hasta los planteamientos filosóficos. Y, consecuentemente, el conocimiento filosófico de los derechos es el único capaz de aclarar y resolver muchos de los problemas más graves, acuciantes e insistentes que acosa a los otros niveles del conocimiento jurídico sin que éstos puedan solucionarlos.

- La vía de las reflexiones de los filósofos.

El desarrollo del conocimiento filosófico de los derechos ha sido impulsado a menudo por los estudiosos de la

filosofía general. La reflexión filosófica no podría despreocuparse de una realidad que influye tan decisivamente en la organización social y en la misma vida personal de los hombres. Así, el conocimiento filosófico del derecho en general de dar una explicación sistemática del sentido que corresponde al derecho en el proyecto existencial del hombre y de la organización social.

La filosofía se caracteriza por intentar desentrañar la realidad universo que tiene ante sí. La filosofía es un conocimiento insistente, reflexivo, que se desarrolla bajo la insoslayable compulsión de ofrecer una explicación definitiva de la realidad total. Uno de los primeros datos problemáticos que le reclaman explicación es el de la propia yoidad del sujeto que filosofa y construida dentro de un sistema de relaciones intersubjetivas. Y, así, se encuentra en la necesidad de dar también explicación de la existencia de los otros sujetos y de la relación que les une. Por tanto, el derecho cae de forma natural dentro del foco reflexivo primario del pensar filosófico, quedando integrado en el núcleo problemático o preguntar por el sentido de la vida humana y por la misión del hombre en el universo. La filosofía trata de descubrir al ocuparse del derecho, cuál es la articulación de lo jurídico con el resto de las realidades mundanales, cuál es su sentido dentro de la realidad total.

- Carácter.

El conocimiento filosófico del derecho es una reflexión racional que se sitúa en el punto álgido de la abstracción, la independencia y la universalidad cognoscitiva. Puede ser caracterizado también con los mismos rasgos de la filosofía general y decir que es un saber autónomo y pantónimo.

Por ser autónomo busca el conocimiento de los primeros principios y las razones últimas de lo jurídicos, sin dar por firme ninguna verdad previa y sin fundamentar la veracidad de sus conclusiones en ningún otro conocimiento jurídico anterior, por lo que ha de considerarse el conocimiento jurídico primario desde el punto de vista lógico (no desde el punto de vista genético).

Por ser pantónimo, intenta proporcionar una compresión totalizadora de la realidad jurídica de dar una explicación racional y motivada de lo jurídico en cuanto totalidad unitaria sin que quede fuera de su ámbito de eficiencia explicativa ninguno de los aspectos o dimensiones de la realidad del derecho o del conocimiento del mismo.

Al mismo tiempo ha de ser reconocido como un saber profundamente humanizador, ya que el foco central de su atención está en el hombre mismo, en cuanto sujeto titular y referencia última de todo el universo jurídico.

1.3. Temas o problemas básicos.

¿Cuál es la utilidad que ofrece el conocimiento filosófico del derecho al sistema general del saber jurídico, al proceso de explicación racional del fenómeno jurídico y al proyecto de preparación o formación de los juristas?. Los temas o problemas que corresponde aclarar y resolver a la filosofía del derecho son precisamente los que sobrepasan la capacidad de explicación del conocimiento jurídico práctico y del conocimiento jurídico científico. Por ejemplo, el problema de la posibilidad y alcance del conocimiento jurídico, el problema de la delimitación y caracterización esencial del derecho y el problema de la legitimación o justificación ética de la existencia y de los contenidos de las leyes jurídicas.

Así, corresponde al conocimiento filosófico del derecho ocuparse de las siguientes actividades o tareas concretas:

- En relación con la posibilidad y alcance del contenido jurídico:
- Análisis de la posibilidad radical, de las virtualidades y de las bases de fiabilidad del conocimiento racional práctico.
- Delimitación y coordinación de las respectivas tareas específicas de la filosofía ética, la filosofía jurídica y la filosofía política.

- Investigación acerca de las posibilidades, límites y exigencias metódica de los diversos ámbitos del conocimiento jurídicos.
- En relación con la delimitación y caracterización esencial del derecho:
- Fijación del sentido y la función que corresponde al derecho dentro de la vida social.
- Determinación de los elementos o principios básicos que constituyen la realidad óntico-existencial del derecho.
- Contraste de la normatividad jurídica con los otros tipos básicos de normatividad de la conducta humana social.
- Examen de la dependencia estructural del derecho respecto de los otros factores actuantes en la organización de la sociedad.
- Determinación racionalmente fundada del concepto esencial del derecho y de las categorías jurídicas fundamentales.
- En relación con la legitimación o justificación ética de las leyes jurídicas:
- Discusión fundamental acerca de los criterios que pueden o deben ser utilizados para medir el grado de racionalidad y humanidad de las normas jurídicas vigentes.
- Examen crítico del alcance de la obligatoriedad del derecho dentro del análisis de las exigencias de armonización entre los imperativos del principio de ordenación ética pública y los del principio de ordenación ética privada.
- Sistematización de una teoría global de los derechos humanos en la que se desarrolle una fundamentación racional de los mismos.
- Esclarecimiento de las exigencias radicales que los derechos humanos proyectan sobre la configuración de la ordenación jurídica de la convivencia.

Todas esas tareas están vinculadas a alguno de los temas de base a que se enfrenta el análisis filosófico del derecho. Y esos temas son tres: el tema o problema gnoseológico (o del conocimiento jurídico), el tema o problema ontológico (o del ser del derecho) y el tema o problema deontológico (o del deber-ser del derecho).

- La división del saber filosófico sobre el derecho y su relación con los otros niveles del conocimiento jurídico.

La reflexión filosófica ha sido mediatizada por la presencia de elementos, aspectos o problemas diferentes. Y, en consecuencia, su desarrollo se ha polarizado en torno a esos aspectos o problemas. Por otra parte en cuanto conocimiento especialmente vinculado a una de las grandes dimensiones o perspectivas de análisis de la realidad global del derecho, no puede dejar de estar en una constante relación de complementación y contraste con los saberes jurídicos correspondiente a las otras dimensiones.

- División o diversificación interna del conocimiento filosófico-jurídico.

El conocimiento filosófico del derecho al centrarse en el derecho en cuanto componente de la vida humana, ha debido enfrentarse también a los mismos problemas básicos que tiene que resolver cualquier lectura o interpretación filosófica de esa vida.

En consecuencia se ha ido especializando o diversificando también en relación con estos tres grandes interrogantes: el del conocimiento jurídico, el de la naturaleza o modo de ser del derecho y el de la idealidad o deber-ser del derecho. La primera pregunta ha sido abordada mediante el desarrollo de una teoría integral del conocimiento jurídico, la segunda ha exigido la elaboración de una teoría filosófica o fundamental del derecho y la tercera ha conducido hasta la construcción de la llamada teoría del derecho justo. Pero tales teorías no son totalmente independientes, sino que mantienen una estrecha vinculación de enfoque y de método que hace que muchas de las respuestas que se dan en una de ellas estén parcialmente asentadas en algunas de las soluciones ofrecidas en las otras.

- Relación con los otros niveles del conocimiento jurídico.

Los diversos saberes sobre el derecho son áreas del conocimiento jurídico que gozan de una autonomía metodológica básica, en cuanto que pueden llegar a completar su propia explicación y comprensión del derecho sin necesidad de supeditarse totalmente a la tutela directiva de los otros. Sin embargo la propia génesis y el dinamismo interno del conocimiento jurídico imponen una inevitable apertura recíproca entre sus diversas manifestaciones. Así, el conocimiento jurídico práctico se continúa en el conocimiento jurídico científico y a su vez, el conocimiento jurídico científico desemboca naturalmente en la reflexión filosófica.

Con frecuencia, se encuentran con preguntas o problemas que sólo pueden ser resueltos, al parecer, por la reflexión iusfilosófica. En esa medida, ésta llega a un mayor nivel de penetración y profundidad, por lo que se impone reconocer asimismo que tanto el conocimiento jurídico práctico como el conocimiento científico del Derecho encuentra su culminación natural en esa reflexión filosófica. Pero, por el contrario, los datos que ofrece la praxis jurídica diaria y las conclusiones a que llegan las ciencias jurídicas contribuyen a delimitar y clarificar las distintas dimensiones complementarias del derecho, por lo que la filosofía jurídica tendrá que contar con ellas.

Conclusión: el conocimiento práctico o técnico, ciencias jurídicas y filosofía del derecho no son mas que tramos o fases del saber jurídico, que se desarrollan desde perspectivas distintas y parciales y que, en cuanto tales, se constituyen en reflexiones mutuamente complementarias.

PARTE SEGUNDA: CARACTERES Y CATEGORÍAS BÁSICAS DEL DERECHO

Tema 7.- CARACTERES ESENCIALES DEL DERECHO.-

Los caracteres esenciales del Dcho. son los rasgos o notas que pueden ser considerados como elementos que forman parte del núcleo profundo de su propia naturaleza o modo de ser, hasta el punto de que, si ellos faltan, no llega a existir en sentido propio esa realidad que llamamos Dcho. ¿Cuáles son esos caracteres?.

Vamos a ocuparnos de las implicaciones de aquellos que, siendo habitualmente admitidos, pueden contribuir mejor a entender lo que el Dcho. es según la noción común que se tiene de él. Por ejemplo, la normatividad, la validez, la seguridad, la vinculatoriedad, la coercibilidad y la legalidad.

- **NORMATIVIDAD, VALIDEZ Y SEGURIDAD**
- Normatividad.-

Actualmente el rasgo característico del Dcho. es la normatividad. Implica que el Dcho., entendido como instrumento que se utiliza en las sociedades humanas políticamente organizadas para regular la conducta social de los ciudadanos, es un sistema de normas. Y en cuanto formas de ordenar la conducta humana social, tiene carácter esencialmente directivo o normativo, por cuanto no pretende describir o historiar los comportamientos que tienen lugar en el seno de la sociedad, sino determinar o prescribir las conductas que deben ser realizadas por los miembros de esa sociedad.

Se da una correspondencia entre Dcho. y norma jurídica, el Dcho. no sólo tiene por sí mismo carácter normativo, sino que se manifiesta también en última instancia, como sistema de normas o reglas de conducta. ¿A cuál de los ámbitos normativos pertenece el Dcho.: al ideal, al histórico-positivo, o a ambos?.

En la segunda mitad del s.XIX y gran parte del s.XX, el Dcho. se identifica con el conjunto de las normas jurídicas positivas (puestas por el legislador estatal), ya que esas normas cubren todo el campo de lo que puede considerarse como Dcho. real. Tales normas, trascendiendo las opiniones y los motivos personales de los sujetos que participan en el proceso legislativo, adquieren una objetividad legisladora abstracta e impersonal.

Sin embargo, esta visión, para muchos, supondría la pérdida del sentido exigitivo de la idealidad, sentido que,

según parece, forma parte de la propia estructura ontológica (=naturaleza, modo de ser) del Dcho.. Al afirmar la normatividad del Dcho., no puede pensarse sólo en la capacidad directiva que le proporciona el respaldo del poder estatal, sino que ha de incluirse también la referencia de la fuerza orientadora de los ppios. o criterios ideales. Pero, como, la vinculación a los condicionamientos provenientes de la vida social le es connatural, ha de concluirse que el dcho. incorpora simultáneamente los imperativos de la normatividad ideal y la carga directiva proveniente de los factores histórico-positivos. La normatividad del dcho. se nutre, pues, de la propia normatividad ética de la vida social en la que se incardina y a la que pertenece. Y, en esa medida, trasciende el poder o capacidad directiva de los órganos que establecen las llamadas normas jurídicas positivas y, en consecuencia, también el alcance o campo de acción inmediato de éstas.

- La validez.-

La validez es un requisito esencial del Dcho., de modo que, si puede llegarse a la conclusión de que una determinada manifestación del Dcho. carece de validez, ha de concluirse que ese aparente o presunto Derecho no es verdadero Derecho.

- CONCEPTO GENERAL.

Existen, al menos, tres definiciones distintas de la validez del Dcho.:

- Según la teoría jurídica formal: la validez de cada una de las normas de un ordenamiento consiste en su propia conformidad con las exigencias establecidas por otra u otras normas que ocupan un plano de preferencia en el orden jerárquico de ese ordenamiento.
- Según la teoría sociológica: la validez de las normas jurídicas radica en y se identifica con su real efectividad social, es decir, con su habitual observancia por parte de los sujetos jurídicos.
- Según la teoría filosófica o ética: la validez de las normas jurídicas coincide con su conformidad con las exigencias materiales que dimanen de los ppios. o valores ético-jurídicos fundamentales.

Definición genérica: **la validez es la cualidad que se predica del Dcho. por tener la fuerza o valor requeridos para la subsistencia, aplicabilidad y efectividad de sus disposiciones**, es decir, para poder desarrollar su propia función constitutiva de determinar o dirigir vinculadamente las conductas de los sujetos jurídicos. Cada una de las normas jurídicas y el Dcho. en su conjunto tienen esa cualidad cuando se ajustan a las exigencias que el correspondiente sistema social ha fijado en los diversos ppios. o criterios de validación establecidos. Ahora bien, dado que tales ppios. o criterios cambian en función de la época y de la evolución cultural, la validez del Dcho. estará sometida en cada caso a condicionamientos diferentes.

En la época actual, se entiende generalmente que la validez del Dcho. viene determinada en última instancia por el hecho de que el órgano legislador tenga la competencia requerida y por el cumplimiento de las formalidades de procedimiento establecidas en normas jurídicas precedentes o superiores, es decir, por elementos ajenos al contenido de las propias normas.

- VALIDEZ Y EFICACIA.

Es necesario analizar si la validez está condicionada por la eficacia (el Dcho. es eficaz si se logra que se realicen los objetivos o efectos que persigue) de tal modo que sólo podrían ser calificadas como normas jurídicas válidas aquellas que han alcanzado un mínimo nivel de efectividad social.

En el s.XX, según la teoría jurídica de Kelsen, la validez de una norma jurídica es algo completamente distinto de su eficacia; pero la eficacia del orden jurídico como un todo y la eficacia de una norma jurídica aislada son condición de la validez. Ni el orden jurídico ni la norma pueden ser considerados válidos si han dejado de ser eficaces. La eficacia jurídica es una simple cualidad de los comportamientos efectivos de los hombres (una manifestación del mundo del ser) mientras que la validez es una cualidad de las normas (una

manifestación del deber ser). Las normas de un orden jurídico positivo valen (=son válidas), no porque ellas mismas sean eficaces, sino porque su respectiva norma fundamental es presupuesta como válida. Sin embargo, sólo una determinada norma jurídica es válida cuando el orden jurídico al que pertenece es realmente eficaz en el grado mínimo exigible.

Pero esta visión de Kelsen choca con determinados datos de experiencia que las desmienten. Validez y eficacia son caracteres que corresponden a dos momentos o dimensiones distintos de la vida del Dcho., puesto que éste ha de ser válido antes de poder ser Derecho eficaz. En principio, la validez de las normas jurídicas no puede depender de su propia eficacia. Por exigencias de su modo de ser y de la función específica que desempeña, el Dcho. ha de ser válido o no antes y con independencia de producir entre los destinatarios los efectos que persigue. Pero existe a menudo una cierta tendencia de los juristas a considerar como carentes de validez aquellas disposiciones que se ven afectadas de una manifiesta y prolongada falta de eficacia.

- Seguridad.-

Los hombres tienen la necesidad de que la reglamentación de sus relaciones sociales descansa sobre la certeza. Por eso el Dcho., que surge precisamente como instancia determinadora de aquello a lo que los hombres tienen que atenerse en sus relaciones con los demás, ha de ser garante de la seguridad. Para ello el Dcho. ha de ser él mismo seguro.

La seguridad ocupa dos posiciones distintas en su relación con el Dcho.. Por una parte, se presenta como una especie de aspiración o meta exterior al propio Dcho., por ser un ppio. informador de la vida social que el Dcho. tiene que contribuir a realizar. Por otra parte, se muestra como una cualidad o carácter interno del Dcho., que éste tiene que proyectar, a su vez, sobre el orden de la sociedad mediante la realización de unas determinadas exigencias o requisitos y que encuentran su manifestación más destacada en estas tres condiciones fundamentales:

- Publicidad: que las normas sean establecidas de forma pública y generalmente vinculante para todos los miembros de la comunidad.
- Autosuficiencia: que sean autosuficientes, de tal modo que su validez y su fuerza vinculante no queden nunca subordinadas a la aceptación de los sujetos a los que tales normas se dirigen.
- Coercibilidad: que incorporen la posibilidad de hacerse cumplir de modo inexcusable.

Sólo entonces podrá decirse que el dcho. es seguro y que es capaz de implantar la seguridad dentro del complejo de relaciones sociales que regula. Existen otras exigencias particulares, tales como la cognoscibilidad de la existencia y del contenido de las normas, la firmeza o estabilidad de la normación jurídica o la legalidad en la actuación de todos los órganos jurídicos, para la consecución de una seguridad más intensa en la vida jurídica diaria.

Ahora bien, el dcho. no llegará a conseguir nunca una seguridad plena. Lo único que puede hacer es tratar de aproximarse al inalcanzable ideal de la seguridad mediante la implantación progresiva de los mecanismos más eficaces en cada momento.

Hoy, el contenido de la seguridad del Dcho. se cifra en que éste ofrezca a todos los sujetos la posibilidad de determinar en cada momento cuál es la situación jurídica que les corresponde conforme al ordenamiento, es decir, cuáles son sus facultades o poderes, a qué obligaciones habrán de hacer frente, qué responsabilidades asumen, etc. La seguridad jurídica comporta, por tanto, la previsibilidad de las conductas que corresponden a cada uno de los sujetos que entran en relación, según la determinación de los ppios. y reglas establecidos por el respectivo sistema.

- VINCULATORIEDAD Y COERCIBILIDAD
- Vinculatoriedad.-

El Derecho, en cuanto que es norma de conducta es natural y constitutivamente vinculante, es decir, tiene la capacidad o posibilidad de condicionar determinadamente el comportamiento social de los sujetos jurídicos.

Rasgos específicos:

- LA IMPERATIVIDAD.

El Derecho es imperativo, sus normas constituyen órdenes o mandatos para los sujetos a quienes van dirigidas, ya sea para proceder de acuerdo con lo que exigen, ya sea para atenerse a la sanción que su incumplimiento pueda comportar. Imperatividad jurídica es aquella característica del Dcho. por la que sus normas se constituyen en preceptos o mandatos que imponen a los destinatarios el deber de realizar las conductas que ellas mismas indican. No es posible imaginarse una regla de Dcho. que no tenga carácter imperativo, puesto que la función constitutiva de toda norma jurídica es prescribir lo que ha de hacerse en la situación por ella regulada.

Según Kelsen, las normas jurídicas son preceptos o imperativos que, nacidos de un acto real de voluntad del sujeto o sujetos que integran el órgano legislador, se desvinculan de él para constituirse en normas jurídicas en cuanto que se atribuyen o imputan a la voluntad soberana del Estado.

Hay que concluir que toda norma jurídica consiste en un imperativo o mandato, puesto que encierra en sí la determinación de alguna conducta que impone la autoridad social que está legitimada para ello. Pero no es nunca un simple imperativo o mandato de una voluntad psicológica. En cuanto tal, el Dcho. sólo puede ser el imperativo o precepto de la decisión o voluntad jurídica de un sujeto que tiene la calidad objetivada de órgano agente de la comunidad jurídica y que está dotado de capacidad legislatora. Es, por tanto, en último término, una orden o mandato del Estado.

- LA OBLIGATORIEDAD.

Toda norma tiene el destino de obligar a los destinatarios de la misma a actuar de una determinada manera y no de otra diferente. En caso contrario, no sería una auténtica norma, sino un simple dictamen, enunciado o juicio informativo. El Derecho, por ser Derecho, incorpora de forma inevitable la característica de la obligatoriedad.

Pero ¿Cuál es el tipo de obligatoriedad que corresponde al Derecho?. Distintas explicaciones doctrinales pueden reagruparse en estas dos posiciones de base: la reducción de la obligatoriedad jurídica a la obligatoriedad moral y la afirmación de la peculiaridad y autonomía de la obligatoriedad jurídica.

La primera se basa en el presupuesto de que la única obligatoriedad propiamente dicha es la obligatoriedad moral u obligatoriedad en conciencia. La doctrina más representativa es el iusnaturalismo tradicional, que sostiene que la obligatoriedad, entendida como una vinculación interna de la voluntad del hombre en cuanto ser racional y moralmente responsable, es una cualidad esencialmente inherente a toda ley ética e implica un deber de conciencia de cumplir lo que la ley establece. Para otras doctrinas la obligatoriedad descansa en el reconocimiento o aceptación de dicho Derecho por parte de los destinatarios, en el voluntario sometimiento de éstos a las prescripciones de aquél.

La segunda doctrina se caracteriza por atribuir al Dcho. la facultad o posibilidad de imponer a los destinatarios el deber de ajustar su conducta social a lo que ese Dcho. prescribe. Escisión entre Moral y Dcho.. el establecer deberes es una función esencial del dcho., puesto que, sin la idea de obligación, es imposible describir el Dcho. como estructura normativa de la vida social. Donde hay normas jurídicas, la conducta humana se hace en algún sentido obligatoria. La obligatoriedad jurídica no sería más que la peculiar relación que la norma guarda con los sujetos, cuando coloca a éstos en situación de deber realizar una determinada conducta bajo la amenaza de una sanción para el supuesto de que realicen la acción contraria.

Dentro del actual panorama doctrinal, la obligatoriedad sólo puede ser conceptualizada de alguna de estas dos maneras: o bien como una vinculación interna de la voluntad de los sujetos jurídicos, o bien como una situación objetiva en que tales sujetos se hallan colocados por efecto de la norma. En el primer sentido, los individuos tienen la convicción de que han de ajustar sus conductas a lo dispuesto por las normas jurídicas porque ese ajustamiento es éticamente bueno. En el segundo sentido, la obligación jurídica que contiene la norma sólo implica para el sujeto el tener que realizar la conducta indicada por la norma bajo la amenaza de que, en caso contrario, le serán aplicadas las medidas sancionadoras previamente establecidas por el sistema jurídico para dicho supuesto.

Un gran número de los destinatarios de las normas realizan su vida jurídica en el convencimiento de que es éticamente obligatorio ajustarse a lo que ellas prescriben. En el supuesto de una convicción contraria por parte de la mayoría de los sujetos, la permanencia y el normal funcionamiento de los ordenamientos jurídicos serían inviables.

Si se quiere mantener la afirmación de que el Dcho. posee una obligatoriedad propia y característica no reductible a la obligatoriedad moral, habrá que caracterizar a esa obligatoriedad diciendo que consiste en la capacidad de vincular al hombre, en cuanto sujeto de la vida social y del dcho., a la realización de las conductas tipificadas en las normas y que esa capacidad nace de la relación necesaria que existe entre el Dcho. y la vida humana.

Como los hombres realizan inevitablemente su vida dentro del marco de la vida social, viene a resultar que el cumplimiento del Dcho. es tan obligatorio como la fidelidad a las exigencias básicas de la propia vida. Por eso, tal vez sería más adecuado hablar de la necesidad vital o existencial de cumplir el Dcho. que de la obligación o deber de hacerlo. Y dado que el hombre es un ser (sujeto de acción) naturalmente ético, el cumplimiento de las normas jurídicas es éticamente obligatorio.

En definitiva, la necesidad del Dcho. para la vida humana es la raíz inmediata de su obligatoriedad.

- La coercibilidad. –

Si las normas jurídicas permitieran que su cumplimiento dependiera del arbitrio individual, perderían automáticamente su carácter de tales.

Es inevitable que las normas jurídicas presenten una impositividad de carácter general e incondicional para todo el sector de relaciones sociales que han de regular. Y, por eso, en la actualidad, la capacidad de emplear/aplicar la coacción es uno de los rasgos más definitivamente característicos de la normatividad jurídica. La coacción forma parte en alguna medida de la estructura esencial del dcho. como uno de sus elementos o ppios. informadores básicos.

- COACCIÓN Y COERCIBILIDAD.

Distinción: la coercibilidad es una característica constitutiva del Dcho., la coacción, no.

Coacción: es la acción de emplear la fuerza o violencia contra alguna persona para lograr que actúe en un determinado sentido.

Coerción: es la acción de contener o sujetar a alguien para que no lleve a cabo determinadas actuaciones o para que ejecute sus obligaciones.

La coactividad designa la capacidad o posibilidad de recurrir a la coacción. La coercibilidad es la capacidad o posibilidad de recurrir a la coerción.

Centraremos el análisis en la capacidad o posibilidad (estructural y funcional), propia del Dcho., de utilizar la coacción para lograr que los sujetos obligados cumplan las conductas debidas o una conducta subsidiaria.

- LA COERCIBILIDAD COMO CARÁCTER ESENCIAL DEL DERECHO.

Hay dos doctrinas fundamentales en la relación entre el Dcho. y la coacción: una sostiene que la coacción forma parte de la esencia del Dcho., la otra lo rechaza. La primera incluye dos tendencias básicas: la que afirma la esencialidad instrumental y la que proclama la esencialidad material.

Tesis de la esencialidad instrumental de la coacción. Si no fuese por el carácter coactivamente impositivo de sus normas, el dcho. no podría imponer su propia regulación ni podría diferenciarse suficientemente de la Moral o de los Usos sociales. Lo peculiar del Dcho. es imponer deberes, pero esa función no puede actuarse sin el apoyo de la coacción y, en consecuencia, ésta es un elemento necesario o esencial del Dcho., ya que, sin ella, no podría realizar su propia misión de ser normatividad social que se impone, aún contra la resistencia u oposición de los individuos.

Tesis de la esencialidad material de la coacción. Ésta es precisamente el objeto o contenido nuclear de la regulación jurídica, en cuanto que ésta actúa como medio o mecanismo para conseguir objetivos sociales mediante el ejercicio de la fuerza física. Según esta doctrina, el Dcho. consiste radicalmente en la organización de la coacción, es el conjunto de normas que reglamentan la aplicación de la coacción, el Dcho. regula los comportamientos destinados a lograr, mediante la fuerza, unos determinados resultados; y en eso consiste.

Tesis que niega el carácter esencial de la coacción. Ésta ni es necesaria ni es a menudo posible en la existencia del Dcho.; el Dcho. es un conjunto de normas que se definen por su función de crear derechos y deberes; la coacción aparece como algo secundario y exterior. Las leyes imponen el deber de su cumplimiento con anterioridad a la aplicación de cualquier tipo de coacción, la autoridad ha de poder exigir coactivamente ese cumplimiento cuando no se realiza en forma voluntaria por los obligados. Pero la vinculación entre el dcho. y la coacción es siempre una vinculación meramente externa, instrumental y accesorio. La coacción es para el Dcho. un simple elemento accidental, un factor no-esencial, un mecanismo accesorio de naturaleza extrajurídica.

Ha de concluirse que la coactividad o coercibilidad es un rasgo necesario y constitutivo, es decir, esencial del Dcho., éste ha de imponer a todo trance la conducta debida (éste es el sentido primario y pleno de la coercibilidad), si bien probablemente no sea un elemento esencial primario. Es esencial en cuanto pertenece a la estructura y sentido funcional del Dcho., a su peculiar modo-de-ser norma de la conducta humana dentro de la vida social. Pero es secundario porque viene exigido por la función o finalidad primaria del Dcho., que consiste en reglamentar las relaciones sociales de tal modo que se haga la conservación de la vida social según una organización que realice en cada caso aquellos ppios. o valores que han sido aceptados y que son defendidos e impuestos por el grupo en cada momento histórico.

- LA LEGALIDAD

La legalidad significa que el núcleo central del Dcho. está integrado por leyes, es decir, por normas o cuerpos de normas establecidos por el poder legislativo.

A finales del s.XVIII la revolución burguesa optó por la codificación y la institucionalización de la división de poderes. Y, de esta forma, el Estado liberal implantó una tajante separación entre la función política de crear el Dcho., con la consiguiente supremacía de la ley, y las funciones judicial y admtdva. a las que se asignó la aplicación estricta del Dcho. legislado.

La legalidad como carácter esencial de los ordenamientos jurídicos es una manifestación de la fe en la

racionalidad immanente de las normas jurídicas que han sido establecidas por las decisiones de los representantes de la soberanía popular.

En la actualidad, el Dcho. es interpretado como un sistema de legalidad, todo él está sustentado por la ley fundamental constitucional, de la que deriva escalonadamente todas sus normas. Y, en esa medida, el carácter jurídico de las normas se determinará por su concordancia con las exigencias establecidas en las leyes generales y, en última instancia, en la suprema ley de la Constitución. Cuando alguna norma carece de esa concordancia, el ppio. de legalidad la excluye automáticamente del campo jurídico positivo. Ahora bien, este hecho debe ser contrastado y sancionado por un órgano especialmente cualificado: el Tribunal Constitucional.

La legalidad del Dcho., en su sentido más propio, implica la exigencia de que el ordenamiento jurídico estatal sea establecido sobre todo por el poder legislativo, que garantiza satisfactoriamente la protección de los intereses generales de la comunidad política. Y, por eso, se proclama habitualmente el ppio. de legalidad y se articula en las Constituciones la llamada reserva de ley, de tal modo que determinadas materias que son consideradas por la propia comunidad política como especialmente importantes sólo pueden ser reguladas mediante leyes aprobadas por las correspondientes cámaras legisladoras. Esto significa que el reconocimiento de la legalidad del Dcho. sigue vinculado todavía a la preocupación por la defensa de los intereses generales frente a la utilidad inmediata de los grupos dominantes y a la fe en la capacidad que tienen los órganos democráticos de llegar a descubrir en cada caso las exigencias de la racionalidad jurídica.

TEMA 29.- EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA (Continuación).-

• GROCIO

Es antes que filósofo, un jurista a quien interesan sobre todo los aspectos prácticos del derecho, buscando llegar, en esta línea, a la concepción de un ordenamiento jurídico que esté por encima de los Estados y en el que éstos puedan coexistir pacíficamente; su construcción de un derecho natural no es, pues, resultado de unos presupuestos filosóficos, sino el laudable intento de un jurista amante de la paz.

El fundamento y fuente del derecho natural es, para Grocio, la naturaleza humana y define aquél como dictamen de la recta razón que indica que un acto, por su conveniencia o inconveniencia con la naturaleza racional, posee torpeza o necesidad moral, y consecuentemente ha sido prohibido u ordenado por Dios, autor de esa naturaleza.

Grocio todavía cuenta con Dios, al que remite los mandatos y prohibiciones del derecho natural, pero la función divina queda reducida a ordenar o prohibir lo que ya por sí mismo, e independientemente de Dios, es bueno o malo según esté de acuerdo o contradiga la naturaleza racional. Tal independencia queda bien patente en un pasaje en el que afirma que lo establecido por el derecho natural seguiría teniendo vigor, aunque supusiéramos, lo que no puede concebirse sin grave pecado, que Dios no existe o que no se ocupa de los asuntos humanos.

Pero la naturaleza humana no es sólo racional, sino también social; entre las cosas que son propias del hombre figura la tendencia a la sociedad, pero una convivencia ordenada por la misma razón del hombre. La socialidad constituye en Grocio un elemento indispensable del concepto de derecho natural.

Como el appetitus societatis únicamente puede satisfacerse y desarrollarse plenamente dentro del Estado, el hombre constituyó la sociedad civil a través de un doble contrato: uno de unión de los hombres en el grupo social y otro de erección de autoridad. Grocio estima que se han producido tantos pactos como comunidades estatales existen.

Su afirmación de que el derecho natural existiría aun en la hipótesis de que Dios no exista, sienta las bases de la tesis capital del iusnaturalismo racionalista, que sitúa en la naturaleza humana el fundamento de la ley

natural.

- PUFFENDORF

La tesis fundamental grociana de que el derecho natural encuentra su fundamento en la naturaleza racional del hombre va a ser desarrollado por una serie de autores posteriores.

El primero de ellos es Samuel Puffendorf, primer titular de una cátedra de derecho natural, la creada en la Universidad de Heidelberg en 1661.

Tuvo una formidable mentalidad sistemática que le permitió elaborar todo un sistema jurídico que no dejó de causar impacto en la ciencia jurisprudencial y también en el movimiento codificador europeo. Fue el instaurador definitivo del racionalismo en el derecho.

Sigue a Grocio en el intento de constituir un derecho común a todos los hombres y que esté por encima de cualquier matización religiosa, pero en la construcción de este derecho natural profano se separa del autor holandés. Puffendorf, enlazando con la tradición voluntarista, no admite que la naturaleza humana sea una existencia al modo de las esencias matemáticas, con una necesidad intrínseca que obligue incluso a la preceptuación divina: las cosas son buenas o malas, ciertamente, en relación con la naturaleza humana, pero esta naturaleza es producto de la actividad libérrima de la voluntad divina, que quiso crearla así. Con lo que se coloca tan lejos de la vinculación de la ley natural con Dios a través de la ley eterna como del objetivismo iusnaturalista de Grocio.

Lo procedente para llegar a descubrir el contenido del derecho natural será examinar cómo es la naturaleza humana, entendida tal como se da empíricamente en la realidad histórica. Encuentra Puffendorf una nota o carácter que le parece la condición más destacada de esa naturaleza; la imbecillitas, la debilidad o desamparo en que se encuentra el ser humano, que en esto se halla en evidente desventaja con cualquier otro animal. Junto a la imbecillitas ostenta también la naturaleza humana la nota de la socialitas, que no es para él, como lo fuera para Grocio, una tendencia natural a constituir grupos organizados, sino una simple posibilidad o facultad de ser social. La actualización o realización de esta posibilidad mediante su integración en entes políticos será lo que permitirá sobrevivir al hombre y remediar la indigencia de su natural imbecillitas, por lo que Puffendorf llega a afirmar que es mandato divino la observancia o cumplimiento de la socialitas.

Será de derecho natural todo aquello que favorezca o fomente la socialitas, y contrario a él lo que la impida o perjudique. Se tratará, pues, de ir deduciendo racionalmente a partir de aquí los preceptos de derecho natural. sus deducciones descendentes llegan a obtener preceptos concretísimos reguladores de detalles mínimos de la vida de convivencia, construyendo un gigantesco sistema de derecho natural, tan extraordinariamente extenso que dentro de él se incluyen numerosos preceptos que en realidad, corresponden al derecho positivo, al punto que cabe decir que en el sistema de Puffendorf apenas si queda sitio para tal derecho positivo, al estar reguladas la mayoría de las relaciones jurídicas por preceptos de derecho natural.

A pesar de lo cual Puffendorf cree necesario el derecho positivo. Admite la distinción entre status naturalis, anterior a la convivencia, y un status civilis, que corresponde a la situación real, histórica, del hombre asociado. En el estado de naturaleza, el hombre vive oprimido por una constante sensación de inseguridad al notarse falto de protección y sin garantías para su propia conservación, y es precisamente para poner fin a esa situación de zozobra por lo que los hombres se unen y constituyen la sociedad civil a través del pacto (que en él es una simple hipótesis de trabajo). La integración en el status civilis está teñida de un claro sentido pragmático, ya que mediante ella buscan los hombres una seguridad de la que carecían en la situación anterior.

Pero ya en el status naturalis el hombre tenía unos derechos y unos deberes que son, por tanto, naturales, y cuando nace el estado, el derecho positivo tiene que inspirarse en ellos. El derecho positivo es necesario para

que, con las penas que prevé, reprima los instintos malos del hombre, el cual viene obligado a acatar las leyes del Estado por aplicación del ppio. de derecho natural, porque precisamente el estado, dador de esas leyes, ha nacido del pacto entre los hombres.

El status naturalis debe considerarse siempre como prevalente frente al estado social o político, pues los preceptos del derecho positivo no pueden apartarse de los del derecho natural; Puffendorf llama status sobrevenido o accidental, a la situación del hombre histórico encuadrado en organizaciones políticas.

Relaciones entre moral y derecho. Para él, el derecho regula las acciones externas, mientras que la moral entiende sólo de las intenciones del sujeto, siendo característico de aquél la coacción, que no alcanza, en cambio, a la esfera de lo moral.

- TOMASIO

Parte, como Grocio y Puffendorf, de la necesidad de que los hombres se unan entre sí en organizaciones civiles o políticas; pero lo que les lleva a esta unión no es ni el appetitus societatis de Grocio ni la socialitas de Puffendorf, sino la exigencia de buscar por todos los caminos la consecución de una existencia feliz; la felicidad es el norte de las acciones del hombre, que debe realizar cuanto favorezca esa felicidad y abstenerse de todo lo que pueda perturbar la feliz y pacífica conveniencia. El pacto que da origen al Estado no buscando otra cosa, porque la paz exterior se garantiza mejor a través del poder coactivo de aquél, y aun de la coacción que con arreglo al derecho positivo puede un hombre ejercer sobre otros.

El derecho natural sigue fundamentado en la naturaleza humana, define la ley natural como la ley divina inscrita en los corazones de todos los hombres, que les obliga a hacer aquello que necesariamente conviene a la naturaleza racional humana y a omitir lo que repugna a ésta; una vez más, Dios aparece como creador de la naturaleza humana, por referencia a la cual se origina el derecho natural.

La conducta del hombre está regulada por tres disciplinas: la ética, la política (usos sociales) y la jurisprudencia (el derecho), de tal suerte separadas que cada una de ellas afecta a un tipo específico de conductas.

El ppio. de la ética es lo honesto y su precepto fundamental: lo que quieres que otros hagan para sí mismos, hazlo tú para ti. El ppio de la política es lo decoroso y su precepto: lo que quieras que otros hagan contigo, hazlo tú con ellos. Y el ppio. de la jurisprudencia es lo justo: no hagas a otros lo que no quieras que te hagan a ti.

Comparando los preceptos fundamentales de la moral y del derecho, difieren ambos notablemente en que en el primero se alude a una conducta del sujeto aislado de los demás, mientras que el precepto jurídico se refiere a la actuación del hombre en relación con sus semejantes. En el mundo moral los sujetos estarían como enclaustrados, atendiéndose sólo a las acciones realizadas para consigo mismo, en tanto que en el jurídico las acciones de un sujeto se enderezan o dirigen hacia otros sujetos.

Pero lo que realmente ilustra la doctrina separatista entre moral y derecho establecida por Tomasio es la afirmación de que la obligación jurídica es esencialmente coactiva: como el derecho regula las acciones externas y sólo a lo externo puede llegar la coacción, sólo esa obligación es coactiva, sin que la coacción pueda, en cambio, alcanzar al foro interno de la conciencia, que es donde se producen los actos regulados por la moral.

Consecuencias importantes para el concepto de derecho natural. Si la coacción externa resulta ser una carácter esencial de lo jurídico y no dándose en el derecho natural, la consecuencia es que éste no es tal derecho, sino simple consejo. Textualmente afirma: la ley natural y divina pertenece más a los consejos que a los mandatos y la ley humana propiamente dicha no se refiere sino a normas imperativas. Si el de derecho natural no es

derecho, quedará en simple ideal inspirador del único auténtico derecho, que es el positivo.

- WOLF

Fue más filósofo que los anteriores o, por lo menos, el que más constantemente procuró la fundamentación filosófica de sus doctrinas.

Pone el fundamento de la ley natural en el hombre, afirmando que dicha ley tiene su razón suficiente en la misma esencia del hombre y de las cosas; pero, en un intento de armonización de la tesis racionalista con la tradicional, afirma que el autor de la ley natural es Dios y, por lo tanto, la ley natural es ley divina.

Sin embargo, sigue construyendo el derecho natural por el procedimiento deductivo: La verdad del derecho positivo, como la del derecho natural, puede demostrarse con precisión y certeza, por cuanto hay una relación entre todas las obligaciones y todos los derechos, de tal suerte que es posible deducir el uno del otro mediante una cadena ininterrumpida de razonamientos; las verdades así relacionadas entre sí constituyen un sistema. Sigue también dando entrada a la distinción entre el status naturalis y el civilis, a cada uno de los cuales atribuye derechos y deberes distintos, siendo los naturales inviolables por el derecho positivo, el cual, no obstante, debe limitarlos en su ejercicio para posibilitar la convivencia de los hombres.

Relaciones entre moral y derecho. No separa ambas normatividades pero tampoco las distingue demasiado, llegando en realidad a una confusión entre uno y otro ordenamiento; concibe la moral como una ley preceptiva y el derecho como una ley permisiva, lo cual es una inadecuada concepción de lo jurídico, pues el derecho no se limita a permitir, sino que es también imperativo.

TEMA 30.- IUSNATURALISMO Y FORMAS POLÍTICAS.-

El derecho natural se transforma, en los autores que vamos a estudiar, en instrumento para la configuración de diferentes concepciones de la práctica política.

Hay tres pensadores que llevan a sus últimas consecuencias las tesis pactistas, con la particularidad de que llegan a soluciones diferentes: en Hobbes, la justificación del poder absoluto; en Locke, la fundamentación del liberalismo; en Rousseau, la apología de la democracia.

- HOBBS: LA JUSTIFICACIÓN DEL PODER ABSOLUTO

Hobbes inaugura la corriente filosófica conocida como empirismo inglés, que basa todo el conocimiento en la experiencia: el contenido de la conciencia procede, en su totalidad, de la actividad sensorial del sujeto; la sensación es el ppio. del conocimiento y de ella se deriva todo el saber.

- Status naturalis y status civilis, el pacto.-

El carácter más destacado de la psicología humana es un profundo egoísmo que, en el status naturalis, lleva a cada hombre al deseo de apoderarse de las cosas, pero como idéntica pretensión se da en todos los individuos, tiene lugar una confluencia de deseos (derecho de todos sobre todas las cosas), que origina una lucha continua, donde los hombres, que son naturalmente malvados y sanguinarios, se combaten entre sí con saña.

Es evidente, y así lo comprendieron los hombres, que tal estado de contienda e inseguridad es insostenible, y el propio egoísmo aconseja salir de él, lo cual se hace a través del pacto por el que se constituye el Estado y se erige la autoridad (status civilis). El hombre no es social por naturaleza sino por necesidad.

La inseguridad y la lucha permanentes del status naturalis sólo puede terminar si esa autoridad a que los hombres se someten es total y absoluta, de tal suerte que pueda adoptar sin traba alguna todas las medidas

necesarias para mantener el orden, la paz y la seguridad; por lo que es preciso que, al construir el Estado, todos y cada uno de los individuos se despojen de su libertad y de su derecho a disponer de sí, cediéndoselos al estado que nace.

Con lo que el Estado ostenta un poder absoluto sobre los individuos, renunciando a todo derecho frente al mismo; a ese Estado es al que denomina Leviatán y también Dios mortal para dar idea de su poder: el Estado de Hobbes es necesariamente Estado absoluto.

- Pesimismo antropológico y exigencia del orden.–

Pesimismo antropológico. Independientemente de que la situación de ferocidad y de guerra de todos contra todos haya sido o no una etapa efectivamente vivida por la Humanidad, lo cierto es que la maldad del hombre puede, en cualquier momento, hacerse realidad y, desde luego, a ella se llegaría tan pronto como el Estado dejara de ejercer su vigilancia cuidadosa. La hostilidad se manifiesta también en las relaciones entre los estados, siempre recelosos los unos de los otros, siempre amenazándose y manteniendo constantemente sus armas levantadas y sus ojos fijos uno en el otro, en actitud de gladiadores.

Exigencia de orden. Si para evitar la guerra, la subversión y el desorden es preciso un Estado omnipotente hasta el punto de que los súbditos le sacrifiquen todos sus derechos, no se debe dudar en erigir ese Estado con tal de que posea la fuerza necesaria para que nos garantice la paz. Y ante la objeción de que en tal situación los súbditos quedan entrados inermes y maniatados a la voluntad caprichosa de un poder acaso despótico, Hobbes contesta que, aun reconociendo esa posibilidad, en una constitución política las mayores tachas apenas si se sienten en comparación con la miseria y los horrores de una guerra civil o del estado de naturaleza, desprovisto de ley y sin poder político que impida a los hombres el robo y la venganza.

- El Leviatán y su derecho; los límites del poder estatal.–

El Estado debe ser lo suficientemente fuerte para sofocar las tendencias de los hombres al mal y garantizar el orden. Ambas funciones las realiza el derecho positivo, que tiene que ser, como el estado que lo promulga, indiscutible. Es el derecho el que discierne lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo, con lo que Hobbes se alinea en el más puro voluntarismo. El Leviatán o Dios mortal asume la misión del inmortal. La voluntad del Estado será el único criterio de la moralidad y de la justicia; lo cual tiene una consecuencia importante, y es que las leyes no pueden ser nunca injustas siendo el Estado el supremo definidor de la justicia, pudiendo sólo calificarse como buenas o malas según sus resultados.

Pese a ello no quiere decir que la acción estatal deje de tener limitaciones ni que, correlativamente, no haya también fronteras al deber de obediencia de los súbditos. Unas y otras las deduce Hobbes, con lógica impecable, del fin para el que el Estado fue constituido: la salvaguardia del orden y la garantía de la paz, por lo que la obligación de obediencia al estado no dura ni un momento más que el tiempo durante el que éste tiene la fuerza suficiente para proteger a los ciudadanos. Si el Estado no cumple su misión deja de estar justificado.

Contradicción interna del sistema hobbesiano. Si por un lado el punto de partida habría de conducir a una apología del Estado totalitario, por otro resulta que, una vez constituido el poder estatal, se condiciona la sumisión al mismo cumplimiento por aquél de su función de garante de la paz y el orden, pudiendo los súbditos, si esto no se realiza, retirarle la obediencia e incluso someterse a otro poder extranjero. Ello es consecuencia del modo como Hobbes concibe el pacto: éste se realiza entre los hombres, no entre éstos y el Estado, el cual, por tanto, queda fuera del acuerdo como no podía ser menos ya que nace del mismo.

Al Leviatán se le está pidiendo que proteja la vida, la propiedad y la libertad (los tres valores típicos de la burguesía liberal, de modo semejante a como sucede con el Estado de Locke).

- Hobbes y el derecho natural. –

La naturaleza humana como función fundadora no puede asignarse cuando la misma se concibe como proclive espontáneamente al mal por ser una naturaleza corrupta: la corrupción no engendra sino corrupción y se hace imposible derivar una ley natural de la naturaleza humana. Por ello, en Hobbes apenas puede hablarse de un derecho natural; si acaso podría señalarse como precepto natural el que le obliga a respetar los convenios, pues sólo este precepto garantiza la persistencia del status civilis originado por el pacto.

Hobbes menciona algunos otros preceptos naturales (no robar, no matar...) pero siempre supeditando la determinación de su contenido a lo que establezca el derecho del Estado, que será el que concrete lo que se entiende por robo o por homicidio, de manera que a lo más que se puede llegar es a afirmar que en Hobbes se da un derecho natural existencial o empírico, en cuanto que el contenido material de sus preceptos depende de una determinación histórica hecha por el derecho positivo.

El autor inglés está obsesionado por el problema de la paz, de la protección del ciudadano en el orden, y para esos efectos prácticos entiende que no es suficiente un derecho natural ideal, sino un ordenamiento más realista, más cercano a la realidad fáctica, como es el derecho positivo. Hobbes tiene que prescindir de la idea iusnaturalista casi del todo para poder mantener las conclusiones últimas de su doctrina jurídico-política.

- LOCKE: LA FUNDAMENTACIÓN DEL LIBERALISMO

Representante del empirismo inglés es considerado como el iniciador del liberalismo.

- Status naturalis y status civilis; el pacto. –

Parte del estado de naturaleza de la humanidad primitiva, del que ofrece, dado su optimismo antropológico, una versión totalmente distinta de la de Hobbes. Considera que en el status naturalis prevalecen el orden y la razón porque los hombres, incluso en esa situación, son ya sociables, faltándoles sólo la integración en órdenes políticos organizados, el status naturae es un estado anterior a la organización política, prepolítico, pero no un estado presocial. En él existen ya unos derechos naturales, fundamentalmente el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, los cuales son poseídos por todos los hombres por cuanto son iguales: El estado de naturaleza tiene una ley de la naturaleza que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad, apenas es consultada por ésta, que, siendo todos iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, en su salud, en su libertad y en su propiedad. Para Locke, sin embargo, resulta también necesaria la constitución del estado al reconocer que, no existiendo ninguna autoridad, la interpretación y la tutela de esos derechos quedan entregados a los propios titulares, que no siempre obrarían con la debida objetividad; es preciso, por consiguiente, una organización que se encargue de dirimir los litigios y de defender los derechos de los individuos cuando sean vulnerados.

Aparece la figura del pacto como procedimiento para pasar de un estado a otro pero en Locke no hay entrega de derechos al Estado; y la sumisión de los ciudadanos al poder político constituido se ofrece a cambio de que el Estado garantice el libre y pacífico disfrute de unos derechos ya existentes en el estado natural, que los súbditos siguen conservando en la nueva situación y que el propio Estado tiene que ser el primero en respetar.

- El iusnaturalismo en Locke. –

El derecho natural es el fundamento de las leyes positivas, éstas han de ser dictadas de modo que se haga efectiva la misión de tutela de los derechos naturales. El derecho natural encauza el sentido y alcance del derecho del estado, que no puede violar los derechos naturales del individuo. Las leyes positivas no pueden atentar contra la propiedad, ni menoscabar caprichosamente la libertad, ni atentar contra la integridad de conciencia y de pensamiento de los sujetos, pues ella constituye también un derecho natural; por esta razón, Locke se pronuncia a favor de la separación entre la Iglesia y el Estado.

El desconocimiento de los derechos naturales y la justificación del poder absoluto en Hobbes; la afirmación de los derechos naturales y la justificación en ellos de una organización estatal que los tutele en Locke. La sede del poder pasa del Estado al pueblo, que controla ahora al Estado y le exige una rendición de cuentas. En el régimen liberal el orden y la paz, como ya no son valores supremos, son realidades sociales mucho más vulnerables, pero es un riesgo que hay que correr.

La influencia de Locke ha sido grande y sus ideas modelaron todo el movimiento liberal posterior en Europa y en América. Locke inició la doctrina de la separación de poderes que más tarde elaboraría Montesquieu de forma más acabada.

- ROUSSEAU: LAS BASES DE LA DEMOCRACIA

Sienta las bases de la teoría democrática moderna.

- Status naturalis y status civilis; el pacto.–

El estado natural rusioniano no es ni el de Hobbes (humanidad en continua lucha), ni el de Locke (humanidad social que lleva una existencia laboriosa y activa); sino que nos presenta una humanidad simplemente asocial: los hombres no luchan entre sí, pero tampoco se relacionan, viviendo con absoluta indiferencia los unos respecto a los otros. Su existencia es feliz, casi idílica; una existencia en la que la naturaleza cubre generosamente todas las necesidades, reinando la armonía y la paz como consecuencia de la bondad natural del hombre; todos los hombres son, además, iguales, porque nada hay que pueda diferenciarlos, y libres, puesto que ninguno está en situación de dependencia respecto de otro. Rousseau no considera que el estado de naturaleza como un período efectivamente vivido, sólo afirma que tal estado acaso no ha existido jamás; para él el status naturalis es una mera hipótesis: las cosas son como si hubiese existido una situación tal, de la que se hubiera pasado al estado civil.

Hubo un momento en que se corrompió aquella primitiva naturaleza virginal, lo cual aconteció por la aparición de la propiedad privada aquel día aciago en que a un insensato se le ocurrió la idea de cercar un trozo de terreno y decir: Esto es mío, pretendiendo disponer de aquella tierra con exclusión de los demás; allí comenzó la desigualdad y se engendró en los hombres el deseo de dominio y las pasiones que le acompañan.

Para remediar el desequilibrio que había sobrevenido hubo de pasar la Humanidad al estado social. La creación de la sociedad civil es un mal necesario y, puesto que es irremediable, lo mejor que puede hacerse es organizarla de modo que el hombre se sienta en ella garantizado en sus derechos fundamentales. La fórmula rusioniana es la del contrato social, que tampoco considera como un hecho histórico. En virtud del pacto, todos los hombres ceden al Estado la totalidad de los derechos que poseían en el estado natural, pero el Estado no conserva esos derechos, como en Hobbes, sino que los devuelve a los hombres transformándolos en derechos civiles o, lo que es lo mismo, garantizados y protegidos por las leyes. Así, el hombre (ya ciudadano) conserva todos los derechos naturales que poseía en la situación anterior, pero bajo la forma ahora de derechos civiles, y muy especialmente los dos fundamentales: el de la igualdad y el de la libertad. Todos los ciudadanos poseen una misma dotación jurídica fundamental y aunque los hombres están ligados entre sí por el contrato, no dependen de ninguno en particular, sino del Estado, y de ahí que conserven la libertad que poseían en el estado natural. salvar la libertad individual es lo que obsesiona a Rousseau, quien se esfuerza por ello en hallar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la que cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que así mismo y quede tan libre como antes.

Los textos de Rousseau dan pie para la interpretación autoritaria y la liberal, según el lugar donde se ponga el acento. Es indudable su posición democrática. Pero creemos difícil no tener que calificar de totalitaria, o por lo menos autoritaria, la democracia rusioniana, si nos atenemos al tono dominante.

- El iusnaturalismo rousoniano.–

Existe en su doctrina un iusnaturalismo, al reconocerse que en el estado natural ostentaban ya los hombres un conjunto de facultades y que son, por tanto, derechos naturales. Éstos, sin embargo, desaparecen al constituirse el Estado, de manera que en la situación de comunidad social no existen esos derechos naturales, que han sido sustituidos por los derechos civiles; los cuales, como son mera transformación de los naturales, conservan los caracteres de sagrados e inviolables que éstos tenían. Así pasaron a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Hay también en Rousseau alguna mención de un ordenamiento natural que está por encima del derecho positivo e incluso vinculándolo con Dios, a la manera clásica de los escolásticos, pese al desprecio con que el ginebrino se refirió siempre a ellos. Dice textualmente en el Contrato social: Lo que está bien y es conforme con el orden es sí por la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas. Toda justicia viene de Dios y sólo Él es su fuente; pero si supiéramos que la recibimos de tan alto no necesitaríamos ni Gobiernos ni leyes.

TEMA 31.– EL IUSNATURALISMO EN LOS Siglos XIX Y XX.–

- CARACTERIZACIÓN FILOSÓFICA DEL S. XIX: EL PREDOMINIO DEL POSITIVISMO Y DEL HISTORTICISMO
- La reacción frente al racionalismo.–

En general, en los sistemas filosóficos del s. XIX hay mucho de reacción contra el pensamiento racionalista, que había reducido la realidad a esquemas fríos, impecables y rigurosos, marginando cuanto pudiera significar imaginación, espontaneidad, vida y dinamismo, que serán por ello los factores que se exalten en la filosofía decimonónica.

Frente al encasillar todo en conceptos y dar una imagen estática del mundo, el vitalismo opone la continuidad y flujo constante y variante de la vida; el positivismo busca soluciones menos rígidas a través del camino de la experiencia. Contra la afirmación de que el hombre, iluminado por la razón, es el autor de todo, con el consiguiente alejamiento de Dios, el tradicionalismo predica la vuelta al pasado anterior a la etapa iluminista, buscando en la tradición la restauración de la autoridad divina y aun de la autoridad temporal, rotas violentamente por la Revolución, que consideraba producto de la mente ilustrada. Frente a la concepción de una realidad fija e inmutable, expresada en el rigor necesario de lo matemático, el historicismo y el evolucionismo proclaman el sometimiento de esa realidad al dinamismo incesante de la Historia. El denominador común de estas corrientes filosóficas es la hostilidad hacia la metafísica y la predilección por la explicación histórica de la realidad.

- El positivismo filosófico.–

El positivismo jurídico, con la afirmación de que no existe otro derecho que el positivo, se ha manifestado en diversos momentos históricos. Pero cuando la corriente se produce de manera más generalizada es precisamente en el s. XIX, ya que el pensamiento filosófico de esa centuria estuvo dominado, en buena parte, por una actitud positivista.

El positivismo no es una escuela, sino una especial y nueva forma intelectual que dominó, desde mediados de la pasada centuria, el pensamiento europeo, extendiéndose a todas las manifestaciones culturales. En filosofía caracterízase por una exclusiva atención hacia los datos empíricos; el conocimiento humano se nutre tan sólo de la experiencia, y por ello sólo pueden afirmarse como reales las cosas que conocemos directamente, los datos positivos que nos suministra la experiencia, los hechos físicos y psíquicos de los que tengamos conocimiento inmediato.

- El positivismo jurídico.–

En el campo jurídico, el positivismo reacciona vivamente contra lo que de metafísico pueda haber en el derecho, que no es otra cosa que el derecho natural, entendiendo por tal cualquier concepción, del matiz que sea, que afirme la existencia de un orden metaempírico de valores jurídicos. No se reconoce más realidad jurídica que la que podamos conocer, de forma inmediata, empírica, esto es, el derecho positivo contenido en las leyes dictadas por el Estado. La filosofía del derecho no tiene otra misión que la de dedicarse al estudio de esa normatividad positiva, siendo ilícito todo intento de ir más allá de lo que el derecho positivo es.

Las manifestaciones del positivismo jurídico, en general, proceden de juristas y no de filósofos del derecho. En cuanto a la actitud negadora del derecho natural hay dos tipos de positivismo jurídico: el que de modo directo ataca la idea iusnaturalista adoptando una postura de franca y abierta hostilidad hacia ella y diferentes direcciones en las que dicha negación no constituye el punto programático central, sino que resulta ser mera consecuencia de los postulados que animan sus doctrinas.

Iusnaturalismo y positivismo jurídico aparecen como dos posiciones antagónicas, pero integrada la segunda por un conjunto heterogéneo de corrientes y pensadores, sólo unidos por la negación de la otra.

Corrientes:

- Teoría general del derecho. Adolfo Merkel. Las diferentes ramas del derecho son susceptibles de estudiarse distinguiendo en cada una de la parte especial que se ocupa de las instituciones concretas de la rama en cuestión, y la parte general, en la que se consideran las líneas fundamentales que inspiran la disciplina de que se trate; así, hay una parte general del Derecho civil, del Derecho penal, del Derecho admto., etc., que e obtienen por inducción o reducción de las instituciones que se estudian en las respectivas partes especiales. Pues bien, si se procede a una segunda inducción, abstrayendo lo que de común pueda haber en las partes generales, podremos construir una parte general de todo el derecho. Nace así la Teoría general del derecho, en la que se contendrán las afirmaciones básicas de lo jurídico, los criterios inspiradores de todo el ordenamiento.
- Escuela de jurisprudencia. Austin. Construcción de una ciencia sobre la base de los conceptos jurídicos. Para ello, realiza un análisis de los ordenamientos jurídicos de las sociedades más avanzadas que proyecta sobre destacadas realidades jurídicas: el propio derecho, el mandato, la responsabilidad, la norma, la sanción, el derecho subjetivo, etc. El resultado es un repertorio de conceptos analíticamente depurados aptos para construir una concepción general del derecho. La diferencia de esta postura respecto de la Teoría general del derecho está en que mientras ésta limita su estudio al derecho alemán, Austin utiliza un método comparativo que alcanza a todos los ordenamientos jurídicos.
- Escuela de derecho comparado. Los autores de esta dirección llegan a obtener unos ppios. generales del derecho procediendo para ello a estudiar comparativamente los fenómenos jurídicos que se manifiestan en los distintos ordenamientos y dando una especial relevancia a los aspectos históricos, pues entienden que el examen comparado de una misma institución en varios pueblos de distintas épocas, aparte de ilustrar acerca de la evolución del derecho, permite una visión más amplia en la tarea de obtener los conceptos jurídicos generales.

Una modalidad de la escuela la constituye la Etnografía jurídica (Post), en la que se comparan los fenómenos jurídicos de los pueblos con las característica étnicas de los mismos, lo que le permite concluir que hay un cierto paralelismo entre unos y otras.

La Escuela de derecho comparado ha de colocarse en la línea del positivismo jurídico en cuanto que saca sus conclusiones del estudio de la experiencia jurídica, de la consideración de los ordenamientos jurídicos positivos; pero es más ambiciosa que las otras direcciones al pretender una especie de universalización, en el espacio y en el tiempo, de los ppios. generales del derecho.

- Sociología jurídica. Erlich. El derecho no procede del estado ni de los Tribunales, sino de la sociedad misma, afirmando que las instituciones sociales existen ya como fenómenos del grupo antes de las normas,

las cuales nacen para dar regulación a aquéllas. Erlich niega que el derecho proceda del estado, pero su concepción sigue siendo positivista al asentar y fundar el derecho en el dato empírico ofrecido por las relaciones sociales.

- El historicismo: la Escuela histórica del derecho.–

La segunda gran corriente de pensamiento en el s. XIX es el historicismo. El iluminismo del s. XVIII, al confiar todo a la razón, rechazó cuanto significara leyenda y tradición, porque en la formación de las mismas no podía verse un producto intelectual, sino en gran parte sentimental, manifestación de una manera de instinto popular y no podía concebir la existencia de construcciones que no tuvieran su origen en la metódica función de la razón. El iluminismo, y en realidad todo el racionalismo, fue ahistórico e incluso antihistórico.

Como reacción contra este modo de pensar nace el movimiento historicista, que afectó a todas las manifestaciones culturales: la filosofía, la literatura, el arte, las concepciones políticas... y también el derecho, dando lugar a la llamada Escuela histórica del derecho.

- Sus ideas básicas: la nación y el espíritu popular.–

La doctrina de la Escuela histórica se asienta sobre dos nociones fundamentales: la de pueblo o nación y la de espíritu popular. Savigny elaboró la primera: el pueblo o nación es un conjunto de individuos unidos entre sí por unos sentimientos, tradiciones, lengua y pasado común, factores todos ellos que prestan unidad a la pluralidad individual y permiten hablar de una a modo de personalidad del pueblo; cada nación tiene su personalidad o manera de ser que le identifica, como sucede con los individuos (posición historicista). No manejó la idea de nación, sino la de Estado, que es un producto artificial frente a la naturalidad del pueblo: el estado ha podido nacer del pacto, en tanto que la nación es el resultado de un proceso histórico, a menudo muy largo, que ha ido creando unos lazos de solidaridad y culturales entre los individuos. La distinción entre Estado y nación era importante, pues permitía hablar de la unidad de la nación alemana pese a estar dividida en numerosos Estados.

El espíritu popular se concibe como un ppio. que anima a cada pueblo y que impulsa sus creaciones: las tradiciones, las costumbres, la música y la danza, los estilos de vida y también, por supuesto, el derecho.

Éste no es un producto obtenido por deducciones racionales, a partir de determinados ppios. básicos e inmutables, sino que es, como el arte, el lenguaje o el mismo sentimiento religioso, una creación popular. Por eso es distinto el derecho de cada pueblo, como son diferentes las costumbres o el idioma. El derecho procede por fuerzas internas y calladas, no por la voluntad del legislador. A pesar de ser el derecho una creación espontánea, no hay peligro de que en su formación intervengan factores arbitrarios ni que se produzca al azar, pues su desenvolvimiento se realiza presidido por una ley de necesidad interna de la que es expresión la convicción común del pueblo.

La formación del derecho tiene dos momentos: en una primera etapa aparece el derecho popular que es el consuetudinario en su más pura expresión, el que se engendra en los hábitos populares y es eficaz en comunidades primitivas y de trama muy simple. Tan pronto aquéllas adquieren una estructura más compleja se hace preciso un derecho más concreto, más delimitado y menos desdibujado que el que ha surgido espontáneamente de la convivencia social. Esa tarea de depuración y desarrollo de los ppios. jurídicos populares corresponde a la clase de los jurisconsultos, naciendo así el derecho de los juristas, los cuales no tienen nunca una función de creación del derecho, siendo su misión su estudio y depuración, extrayendo y sistematizando sus reglas.

- Actitud de la Escuela histórica ante el derecho natural.–

Si una de las notas que caracteriza al derecho natural es su inmutabilidad, y si la Escuela histórica puso su énfasis en la afirmación de la esencial mutabilidad del derecho, fácil es deducir que marginaron la idea

iusnaturalista. Sería, sin embargo, exagerado calificarles como antiiusnaturalistas. Partiendo de sus postulados centrales, la Escuela histórica no podía admitir un derecho fijo y permanente que ni siquiera se justificaría por su procedencia a partir de la naturaleza humana, ya que también ésta se halla afectada por el ppio. evolutivo.

Por otra parte, la exaltación y la proclamación a los cuatro vientos por los revolucionarios franceses de los derechos naturales, hizo que para muchos quedara ligado para siempre el iusnaturalismo con aquella ideología y considerando que el derecho natural conduce inevitablemente a la revolución.

Se desentendieron de la idea de derecho natural, dejándola a un lado pura y simplemente, y nunca la escuela histórica demostró científicamente la inexistencia del derecho natural.

La formulación iusnaturalista que resulta incompatible con la tesis historicista es la de los siglos XVII y XVIII, que es la que dio a la idea un matiz fuertemente racionalista que, ése sí, no podía por menos de suscitar la radical oposición de Savigny, para quien tenía que carecer de sentido un sistema jurídico al modo rígido, dogmático y definitivo como lo construyeron los autores del racionalismo, quienes, a fin de cuentas, no hicieron más que codificar el derecho natural. Puestos a aceptar una postura antiiusnaturalista por parte de la Escuela histórica, tal oposición se habría formulado de modo concreto contra un iusnaturalismo determinado, pero no contra la idea iusnaturalista en abstracto.

• DECADENCIA DEL IUSNATURALISMO EN EL SIGLO XIX

Si en el siglo XIX el pensamiento cristalizó, en líneas generales, en torno a las dos dimensiones dominantes del historicismo y del positivismo, fácil será deducir que fue, para el derecho natural, una etapa de languidez, tanto en el aspecto cuantitativo como en el cualitativo, pues los partidarios del derecho natural no se destacaron precisamente por su originalidad, limitándose, en general, a encasillarse en las vetustas posiciones escolásticas, cerradas e impermeables a cualquier aportación y en las que hasta los últimos lustros de siglo no se produjo la necesaria renovación, operada a partir de la publicación de la encíclica Aeterni Patris, de León XIII. Sólo la enorme vitalidad de la idea iusnaturalista pudo impedir que aquel debilitamiento no se transformara en un eclipse definitivo, y enlazar con el auge renovador del derecho natural que nuestra centuria ha contemplado.

El iusnaturalismo del siglo XIX se manifestó, sobre todo, dentro del campo católico. También dentro de la filosofía de Krause, que ejerció una no pequeña influencia en el llamado krausismo español.

• PANORAMA DEL PENSAMIENTO FILOSÓFICO DEL SIGLO XX

Como las escuelas, corrientes y direcciones filosóficas se van gestando en un dinamismo que se desarrolla en el tiempo, ignoramos necesariamente hasta qué punto las que hoy son vigentes han concluido su evolución, siendo, por consecuencia, arriesgado hacer afirmaciones definitivas y otorgar calificaciones que acaso sean desmentidas por el posterior curso de los acontecimientos.

Con todas las reservas de la trayectoria seguida por la idea iusnaturalista en nuestra centuria, que será congruente con los caminos seguidos por la filosofía, comprobaremos que si complejo fue el panorama filosófico del siglo XIX, no le va a la zaga en ese aspecto la centuria que vivimos.

• El neopositivismo.-

Los postulados del neopositivismo siguen vigentes en el actual, a través, por un lado, del neopositivismo y, por otro, de las corrientes sociológicas. En el primer tercio de nuestro siglo se funda el Círculo de Viena, que agrupa en aquella ciudad a cierto número de profesores de filosofía y científicos, y en cuyo programa se afirma claramente el propósito de revalorizar lo que constituyeron puntos fundamentales del positivismo, doctrina calificada como neopositivismo. Su posición es, claramente, antimetafísica, llevándola al terreno de

la construcción de la ciencia; no sólo admite únicamente la experiencia como fuente de conocimiento, sino que sostiene que las proposiciones científicas sólo son válidas cuando poseen verificabilidad, es decir, cuando se pueden comprobar o verificar experimentalmente.

Esta dirección tiene a su favor el constituir un esfuerzo laudable para depurar el conocimiento científico.

El neopositivismo desemboca, realmente, y desde el punto de vista epistemológico, en una actitud relativista, como se evidencia con su afirmación acerca de la verificabilidad de las proposiciones científicas. Pero por eso mismo puede atribuírsele la crítica al relativismo que proviene de la aplicación al mismo de los propios postulados relativistas; en efecto, la tesis, fundamental en esta dirección, de que las proposiciones científicas son válidas únicamente cuando se pueden verificar experimentalmente es una afirmación que, cabalmente, no puede verificarse de modo experimental, luego no puede reputarse como válida.

- La fenomenología y la axiología.-

Otra importante dirección de la filosofía contemporánea es la fenomenología (Husserl). La aportación fundamental consiste en su afirmación de que las esencias ideales son algo dado o revelado a la conciencia y que, por tanto, ni son creaciones de ésta por elaboración de sensaciones (empirismo), ni por intuición del espíritu (idealismo), ni son tampoco producto de estructuras formales radicadas en mi razón, como propugnaba el kantismo. Con ello, la fenomenología supera los prejuicios típicos de la filosofía moderna derivados del racionalismo; el espíritu humano vuelve así a ser intelección, penetración de esencias que poseen un correlato en la realidad exterior. La fenomenología es, además, un método filosófico por el que se afinan, depuran y matizan los datos que se revelan al hacerse la realidad objeto del intelecto humano.

En estrecha relación con la fenomenología se encuentra la teoría de los valores o axiología, fundada por Scheller, que descubre en las cosas, además del ser, el valor, realidad sui generis a la que se refiere el acto de preferir los valores, diferentes del ser, tienen distinta realidad que éste: no son, sino que valen; y no se conocen, sino que se intuyen. Los valores no poseen todos igual nivel, por lo que son susceptibles de jerarquizarse en una gradación objetiva que fundamenta, para Scheller, la nueva ética axiológica.

- El existencialismo.-

La corriente más extendida durante los últimos lustros y que goza de mayor popularidad es el existencialismo, porque en el fondo toda la filosofía actual es, de un modo u otro, existencialista en el sentido amplio de atender de modo primario al dato de la existencia, abandonando el frío y seco esencialismo de la etapa racionalista.

En sentido estricto, el existencialismo es una filosofía bien definida que reconoce como precedente el pensamiento de un autor del siglo XIX, el danés Kierkegaard y que se manifiesta actualmente en varias direcciones, si bien todas ellas responden a unos presupuestos básicos comunes, que pueden sintetizarse en primer lugar, en el descubrimiento de la existencia como algo que viene dado, un algo misterioso e indefinible que es irreductible a la esencia; en toda realidad, lo verdaderamente importante no es su ser, sino su existir, el modo como está en la existencia; precisamente lo que hizo la filosofía racionalista fue ocuparse del ser en abstracto, con olvido de que cada ser tiene su existencia individual y concreta. En segundo lugar, la consideración del hombre como un existente, como alguien que día a día, en el desarrollo de su existencia, va forjándose su propio ser. Pero el hombre se encuentra arrojado a la existencia es decir, puesto en unas situaciones (que él no ha buscado ni querido) a menudo hostiles y frente a las que se debate en su cotidiano existir; ello da origen al sentimiento de la angustia, la cual nace también de la conciencia que el hombre tiene de su libertad, que le carga con la terrible responsabilidad de ser dueño de su destino. Esto ofrece una doble vertiente: mientras un grupo de existencialistas pretende superar la angustia buscando el camino de la trascendencia, en la que descubren a Dios; otros, cerrados a esa trascendencia divina, tienen que acabar debatiéndose sin esperanza en la tremenda y definitiva angustia de una existencia que conduce a la nada

(existencialismo ateo).

- La neoescolástica.-

Florecimiento de la filosofía católica, en torno a la filosofía escolástica, por lo que dicho pensamiento actual se denomina neoescolasticismo, el cual recibió el impulso del pontífice León XIII al propugnar en la encíclica Aeterni Patris la elaboración de un pensamiento católico moderno inspirado en la tradición escolástica y concretamente en la tomista. Puede afirmarse que la corriente neoescolástica se extiende hoy por casi todos los países con alguna tradición cultural, manifestándose en direcciones diferentes que no rompen, sin embargo, la unidad de sentido que el movimiento tiene.

El neoescolasticismo no es una simple restauración del viejo sistema medieval, sino que pretende una renovación del mismo. Se trata de adaptar los ppios. capitales y las líneas directrices de la escolástica a la nueva realidad cultural actualizando sus afirmaciones.

- Los neokantianos.-

Desde el punto de vista de la filosofía jurídica es importante el movimiento neokantiano, que florece el primer tercio de la presente centuria. Vuelta a Kant, para superar, por un lado, el positivismo y el materialismo, y por otro, el historicismo. El movimiento adquirió pronto gran auge en Alemania, provocando no sólo una reactualización del pensamiento sino también un esfuerzo por interpretarlo mejor que lo había sido, dando lugar a un neokantismo que polariza su atención hacia el problema del conocimiento, especialmente orientado a la revisión crítica de la construcción y estructura del saber científico.

- La vuelta a la metafísica.-

Como una característica general de la filosofía de los últimos setenta años que ha dominado el panorama del pensamiento, debe señalarse el vigoroso renacimiento de la metafísica o la decidida oposición hacia las actitudes positivistas. La vuelta a la metafísica se hace presente en la neoescolástica, pero también en la fenomenología y en el existencialismo.

- STAMMLER Y LA RESTAURACIÓN DEL IUSNATURALISMO

- El derecho natural de Stammler.-

Desde comienzos del siglo actual los juristas empiezan a darse cuenta de que no puede prescindirse de unos ppios. rectores de los jurídico y de que abandonar el derecho positivo a la sola fuente voluntad del Estado no puede conducir sino a la dictadura del poder a través del derecho, al carecer el legislador de toda limitación a la hora de promulgar la norma positiva. Se va reconociendo que es necesario afirmar la existencia de un cierto orden objetivo más allá y por encima del derecho positivo al que éste debe someterse, lo cual no es, a fin de cuentas, más que una apelación a la multisecular doctrina iusnaturalista.

Stammler fue el primero en iniciar la reivindicación del iusnaturalismo. Maneja las nociones kantianas de forma y contenido para aplicarlas a la explicación del derecho. El derecho positivo tiene que ser un derecho justo, por lo que debe contarse con un criterio de justicia suministrado por el llamado derecho natural. Pero para Stammler éste es una pura forma, vacía en sí misma, que recibirá diferentes contenidos en las distintas épocas históricas: el derecho natural nos dirá qué es formalmente lo justo en todas partes y en todo momento, pero no lo que es justo en cada momento, pues ello dependerá del contenido histórico que se dé a la forma de lo justo. De ahí que la fórmula de Stammler se describa como un derecho natural de contenido variable.

El derecho natural así concebido queda reducido a la mínima expresión, como que no es sino una mera forma sin contenido alguno. Pese a todo ello, habrá de reconocerse en Stammler el pionero de este movimiento de restauración del iusnaturalismo.

- La reacción iusnaturalista del siglo XX.-

El ejemplo de Stammler fue seguido de inmediato por numerosos autores, alcanzando pronto una gran difusión en Europa y en América, tanto del Norte como del Sur, si bien en aquella pugna con una fuerte corriente que pretende explicar el derecho por factores exclusivamente sociológicos. Tal difusión se produjo también en numerosos juristas que dieron acogida en sus doctrinas a la idea de una fundamentación del derecho positivo en un orden trascendente al mismo.

Es a partir del término de la II guerra mundial cuando se ha manifestado una más extensa y potente floración del iusnaturalismo, hasta el punto de que algún autor habla de un segundo renacimiento del derecho natural, siendo el primero el que se desarrolló desde comienzo del siglo hasta la fecha indicada.

Este iusnaturalismo de hoy ha nacido en conexión con hechos históricos de nuestro tiempo y, a la vez, con el surgimiento de otras perspectivas filosóficas. Entre éstas, el florecimiento de la filosofía de los valores, que abre paso a una axiología que permite atribuir al derecho un valor en sí y no el valor que quiera darle el legislador. En cuanto a los hechos históricos, la humanidad actual ha recibido la gran lección de hasta dónde puede llegarse cuando el poder es ejercido por los sistemas totalitarios y a qué puede conducir un derecho, manejado por esos sistemas, cuando a ese derecho no se le reconozcan límites impuestos por una normativa superior. Se ha hecho urgente la necesidad de oponer a las injusticias de un derecho despótico el freno y la limitación de un orden objetivo absolutamente superior a toda norma humana y en el que se fundamentan unos derechos que ninguna autoridad puede dejar de respetar.

Todas las doctrinas surgidas en esta dirección coinciden en atribuir al derecho positivo un fundamento metaempírico; pero, no todas ellas caben bajo la rúbrica de derecho natural y, algunas, no han sido designadas así por sus propios autores. Por ello, creemos más exacto hablar de objetivismo jurídico para referirnos a este vasto movimiento actual.

Son tan distintas y abundantes las manifestaciones de este objetivismo jurídico que se ha sentido la necesidad de clasificarlas, siendo varios los autores que lo han intentado.

Por nuestra parte, expondremos en primer lugar el iusnaturalismo contemporáneo inscrito en la línea tradicional y el que adopta una posición más o menos afín a éste; después el iusnaturalismo protestante y por último la doctrina de la naturaleza de la cosa, como expresión más destacada de objetivismo jurídico no estrictamente iusnaturalista.

- IUSNATURALISMO TRADICIONAL Y POSICIONES AFINES

Se trata de un iusnaturalismo inspirado en la añeja doctrina de los escolásticos que merece el nombre de tradicional. Sus afirmaciones básicas responden a las líneas directrices de aquella doctrina, concibiendo la ley natural como una manifestación de la ley eterna referida en concreto al orden de la convivencia humana. El derecho natural contiene unos preceptos derivados de la naturaleza del hombre, aceptando todavía esta dirección la célebre clasificación tomista de las tendencias de esta naturaleza, que dan lugar a otros tantos órdenes y, en cada uno de ellos, a series de preceptos. Los preceptos primarios del derecho natural se ofrecen a la razón de obtener de ellos otros secundarios, con lo que aquél no está fundado en la razón, sino sólo construido por la razón a partir de unos enunciados inscritos en la naturaleza humana; de esta suerte, se asegura la vinculación del derecho natural con Dios a través de la ley eterna.

Paralelamente a esta línea clásica se manifiestan ciertas direcciones que matizan en diferentes sentidos el pensamiento tradicional. Por ejemplo, la tesis de Renard del derecho natural de contenido progresivo, que aparece en Francia dentro de la teoría de la Institución; concibe en el derecho dos factores; el metafísico (constante) y el histórico (variable), entendiendo que hay tantos sistemas iusnaturalistas como ambientes históricos diferentes, aunque con una misma estructura, presidida por la justicia, por lo que puede hablarse de

un derecho natural en perpetuo devenir, con contenido progresivo, por asimilación de los datos históricos variables a una substancia racional inmutable.

Con inspiración neokantiana figura Del Vecchio, que intenta una decantación crítica de los problemas filosófico-jurídicos mediante un análisis gnoseológico del derecho que derivó hacia una posición netamente católica en un esfuerzo por superar su inicial neocriticismo, del que acaso no consiguiera desprenderse totalmente. Discípulo de éste en su época kantiana fue Battaglia, quien se encaminó después por la dirección idealista para desembocar en un espiritualismo cristiano con claras raíces agustinianas.

- EL IUSNATURALISMO PROTESTANTE
- Presupuestos antropológicos.-

Uno de los puntos fundamentales de la teología protestante estriba en la afirmación de que el hombre, después del pecado, es una naturaleza corrupta, irremediabilmente decaída del estado de perfección en que fue creada, hasta el punto de que, incapaz de merecer, ha de confiar no en sus actos, sino exclusivamente en la Gracia. Este presupuesto resulta fatal para el derecho natural, pues ¿cómo pensar que de una naturaleza corrupta puedan brotar unas normas rectoras del comportamiento humano?.

- Oposición al positivismo.-

Sin embargo, el protestantismo nunca comulgó con el positivismo jurídico, nunca renunció a asignar al derecho positivo una fundamentación superior, nunca dejó de afirmar un iusnaturalismo. Esta actitud se manifiesta también en la doctrina filosófico-jurídica del protestantismo contemporáneo, que se debate entre la imposibilidad de acudir a la naturaleza humana para hallar en ella una justicia fundante del orden jurídico y la imperiosa necesidad de esa fundamentación.

Por otra parte, los acontecimientos históricos de la primera mitad del siglo, con la aparición de los sistemas totalitarios, obligaron a plantear (al terminar la II G.M.) el tema del valor y fundamento del derecho positivo y un posible entronque con valores éticos superiores, esfuerzo en el que colaboraron filósofos cristianos de toda procedencia a través de reiterados contactos.

El pensamiento protestante, movido en parte por consideraciones doctrinales y urgido por la fuerza de los hechos históricos, ofrece en la segunda mitad de la centuria soluciones varias que propugnan sendas concepciones sustitutorias, por r así decirlo, de un derecho natural al que los presupuestos religiosos no permiten llegar. Las principales son las siguientes.

- La dirección bíblica.-

Sitúa la última y definitiva base del obrar ético del hombre (dada la incapacidad de éste para encontrar por sí y en sí reglas de conducta) en la palabra divina manifestada en la Sagrada Escritura, en las instrucciones bíblicas; el hombre, en la cuestión acerca de la bondad o maldad de sus acciones no tiene que enfrentarse con su conciencia..., sino, en tanto que hombre libre, sólo la voluntad, la obra y la palabra de Dios. En la revelación que Dios ha hecho de su voluntad, y más concretamente en el Decálogo, se hallan las líneas directrices de nuestro comportamiento no sólo moral, sino también jurídico, de carácter negativo, indicativas de lo que no hay que hacer más que de lo que hay que hacer; los mandamientos trazan una senda delimitada a derecha e izqda. por los abismos de lo que es contra Dios, y dentro de la cual tiene la razón anchas posibilidades para dirigir el curso político-económico y social, según su concepción fundamental... o según las circunstancias concretas. Con lo que nos situamos en una ética de la situación.

Wolk: los mandamientos no son un código de proposiciones jurídicas a las que se deben atener los hombres en el caso concreto, sino sólo criterios valorativos con arreglo a los cuales deben adoptar sus decisiones determinadas y de los que cabe deducir preceptos del ordenamiento jurídico positivo; los preceptos bíblicos

tienen un contenido inequívocamente obligatorio. Dibelius distingue entre un derecho justo absoluto, que no existe, y un mero derecho justo, que puede construirse sobre los eternos ppios. de todo derecho, contenido en las Sagradas Escrituras, pero sin que sea dable encontrar en el Decálogo un derecho concreto utilizable por el hombre.

El grave inconveniente de esta especie de iusnaturalismo bíblico está en que si el hombre alcanza el conocimiento de los ppios. informantes de su conducta a través de la Revelación, tal conocimiento no podrá ser obtenido por aquellos a quienes ésta no ha llegado, con lo que ese iusnaturalismo queda circunscrito a la humanidad cristiana, como muchos siglos antes fuera afirmado por algunos autores de la patrística. Eric Wolf afirma que también el hombre natural, el no cristiano, es capaz de captar racionalmente las ideas fundamentales de la justicia, llegándose así a una conciencia entre las verdades de la fe y las obtenidas por vía racional. Suscribió la tesis de que Dios no ha dejado a los paganos sin su testimonio.

- La dirección cristológica. –

Opone que las afirmaciones evangélicas o instrucciones bíblicas no son verdades intemporales, sino realidades históricas, es decir, reglas y fórmulas dadas para una sociedad determinada y en un tiempo específico, por lo que difícilmente pueden fundamentar los preceptos del orden jurídico concreto, como no sea a base de una constante interpretación que en ocasiones puede llegar a ser arbitraria. Pero como siguen participando del punto de vista de la naturaleza corrupta y negando la posibilidad de un derecho natural, resuelven el problema por la vía de Cristo: no en la naturaleza ni en la Biblia, sino en el encuentro existencial con Cristo, que es el punto en que se produce la unión del hombre con Dios, podemos captar las motivaciones fundadoras e inspiradoras del derecho; sólo en esa nueva alianza (en la que tiene mucho que ver la teología del amor) llegaremos a conocer la auténtica voluntad de Dios, norma suprema de nuestro obrar.

- El orden de la creación. –

La idea central de Brunner es la del orden de la creación: toda criatura, cuando es creada por Dios, es dotada de un orden de vida, de una estructura o modo de ser y puesto que así ha sido creada, en ese orden de creación está manifestada la voluntad divina.

En tal orden de creación o estructura ontológica de cada ser, el no creyente podrá ver lo que es pero el creyente ve lo que debe ser, por contenerse ahí la voluntad de Dios; la naturaleza el orden natural de las cosas, tiene que ser algo aceptado y respetado, como querido por el mismo Dios creador. Para la obtención de unos criterios axiológicos de nuestro vivir social, bastará la meditación sobre la naturaleza u orden de creación del hombre, que nos irá dictando lo que debe ser, y, en efecto, por ese procedimiento extrae el propio Brunner una serie de preceptos concretos. Esta doctrina está muy cerca del iusnaturalismo de corte clásico y del tomismo, pues contiene fuertes ingredientes procedentes del aristotelismo y de la doctrina estoica; en concreto, el modo de obtención de los preceptos a partir de la naturaleza humana evoca de manera inevitable el procedimiento utilizado por Sto. Tomás a partir de las tres tendencias existentes en aquélla.

- RADBRUCH Y LA DOCTRINA DE LA NATURALEZA DE LA COSA
- Precedentes. –

Lo que se quiere decir, jurídicamente hablando, con la expresión naturaleza de la cosa, es que el derecho debe tener en cuenta la realidad ontológica sobre la que va a operar, adaptándose a los datos objetivos de la cosa y al orden metafísico de la naturaleza, de manera que la ley no puede desentenderse de esas consistencias evidentes, so pena de conducir a un resultado absurdo o injusto y ser, por ello, inoperante.

Ya Aristóteles hablaba de lo justo natural, el pensamiento romano aludía a la natura rerum, y Marco Aurelio aconsejaba adecuarse a la naturaleza de la cosa. La escolástica medieval considera que en la natura rei yace una bondad o malicia esenciales por las que las cosas serán buenas o malas, siendo, pues, esa naturaleza de la

cosa (o natura objeti) la que fundamenta objetivamente la moralidad natural. En la Edad Moderna, la naturaleza de la cosa aparece mentada por Montesquieu. Desde entonces es frecuente hallar presente la idea en numerosas doctrinas de la ciencia y la filosofía del derecho.

- El concepto de cosa según Radbruch.–

Dando la idea de naturaleza de la cosa un amplio desarrollo y un contenido muy vario, las diferentes significaciones que se le atribuyen al término cosa darán lugar a otras tantas versiones de la tesis.

Radbruch, iniciador de esta corriente, entiende que hay tres tipos de cosas a cuya naturaleza puede referirse la expresión en cuestión: en primer lugar, los fundamentos naturales de la reglamentación jurídica, es decir, los hechos físicos, las circunstancias del sujeto y, en general, toda realidad que subyace como última justificación del derecho. Una norma que hiciera caso omiso de las realidades de hecho sobre las que va a proyectarse sería una norma absurda y, en muchos casos, de imposible cumplimiento.

En segundo lugar, las preformas de la reglamentación jurídica, el hábito, el uso, la costumbre, los cuales son igualmente cosas con las que el derecho debe contar a la hora de reglamentar sobre las conductas manifestadas en ellas. Tema que con frecuencia olvida el legislador, cuando se lanza a realizar reformas drásticas imprimiendo giros violentos a la legislación, despreciando el dato de que los grupos sociales poseen unas ciertas inercias de comportamiento que no pueden ni deben ser rotas de modo inmediato y radical. El derecho ha de tratar de modificar las conductas sociales cuando sean improcedentes, pero las reformas han de implantarse con una cierta mesura en el tiempo para que la conciencia de los miembros del grupo vaya adecuándose paulatinamente a la nueva circunstancia y, por tanto, aceptándola. Una norma nueva que no cumpla esa cautela podrá tener vigencia técnica, pero carecerá de vigencia social, que no es otra cosa que el asenso y cumplimiento espontáneo y generalizado.

En tercer lugar, cosas como reglamentaciones jurídicas, el derecho internacional privado considera como un hecho la existencia y peculiaridades de los derechos nacionales, que debe respetar; y la codificación, añade, no puede pasar sin cautela por encima del derecho consuetudinario existente; así, una ley... está determinada por la costumbre jurídica que se ha formado sobre la base precedente.

- Diferentes direcciones doctrinales.–

Hay dos tendencias en la consideración de la naturaleza de la cosa. La iniciada por Radbruch y seguida por la generalidad de autores, que considera la naturaleza de la cosa como relación de vida. El derecho debe basarse en las relaciones que la vida de convivencia ofrece espontáneamente. Toda relación de vida tiene una especial estructura ontológica y está constituida por unos elementos que le son esenciales, los cuales no pueden ser desconocidos por el derecho.

La representada por Welzel con referencia especialmente al derecho penal, interpreta la naturaleza de la cosa como las estructuras lógico-objetivas. El legislador no sólo se encuentra vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino también a determinadas estructuras lógicas en el objeto de su regulación, la cual, si no las tiene en cuenta, ha de ser necesariamente falsa. La estructura de la actividad teleológica del hombre, así como la función de la intención en ella, son cosas que el legislador no puede modificar, sino que ha de tener en cuenta en su regulación si no quiere errar en el objeto de ésta.

Una de las consecuencias a que se ha llegado partiendo de la primera de las direcciones indicadas es el llamado derecho natural concreto, de Maihofer, quien concibe las relaciones sociales como las diferentes posiciones que se dan entre los hombres según el papel que cada uno representa y que hacen nacer implicaciones recíprocas, que se traducen en ciertos intereses, los cuales, a su vez, engendran exigencias que dictan derechos y deberes respectivos; el deber ser se asienta, pues, en el ser de las relaciones en que el hombre participa. Por consiguiente, la realidad posee una estructura axiológica que, en cada momento y

circunstancia, debe tenerse en cuenta, dando así lugar al derecho natural concreto.

- Naturaleza de la cosa y derecho natural.-

La doctrina de la naturaleza de la cosa es una respuesta al positivismo jurídico en que se movió el régimen hitleriano nacional-socialista, que pretendió consagrar toda suerte de arbitrariedades e injusticias amparándolas en un orden jurídico que no reconocía más fuente ni fundamento que la pura voluntad del legislador. Pero esta doctrina ¿es realmente un iusnaturalismo?. Hay que apreciar en ella algo de común con el derecho natural, como es la apelación a realidades objetivas, metajurídicas, como fundamento de la legalidad positiva; lo cual implica otra coincidencia: el decidido carácter antipositivista de ambas doctrinas.

En definitiva, la naturaleza de la cosa es, sin duda, una dirección doctrinal del objetivismo jurídico, y en este sentido cabe dentro de una amplia concepción del iusnaturalismo. No obstante, se diferencia del derecho natural en que, mientras éste enraiza el derecho en un ppio. absolutamente supremo, que está incluso por encima de las relaciones de vida, aquélla, en cambio, busca el fundamento jurídico en el seno de esas relaciones, en un orden inherente a las mismas. Lo cual tiene como consecuencia el que, en tanto el derecho natural es concebido como un ordenamiento inmutable, la naturaleza de la cosa adopta necesariamente la forma histórica de esas relaciones de convivencia en cada momento.

TEMA 33.- DESARROLLO HISTÓRICO DE LOS DERECHOS HUMANOS.-

Los derechos fundamentales constituyen un importante haz de facultades inherentes al sujeto que responden a sus necesidades y exigencias básicas y protegen sus más destacadas libertades.

La historia de los derechos humanos está estrechamente vinculada y es dependiente de la evolución de la historia de los hombres y de los pueblos y las ideas jurídicas, políticas y morales, que en cada momento han estado vigentes.

- FORMULACIONES MEDIEVALES DE LOS DERECHOS NATURALES

La historia de la aparición y evolución de los derechos humanos comienza en la Edad Moderna. En la Antigüedad no sólo no existieron sino que ni se planteó el tema en el terreno teórico, ya que no existía el concepto de persona, que fue una aportación del cristianismo. Y por otra parte, la toma de conciencia de que existen unos derechos que las leyes tienen que respetar exige la previa creencia en un derecho que está por encima del positivo, y hasta bien avanzada la edad Media no hallaremos una sólida construcción del iusnaturalismo.

Pero, aun contando con una doctrina iusnaturalista, todavía no se encuentra el terreno abonado para elaborar una teoría de los derechos fundamentales, porque ésta había de basarse, lógicamente, en una teoría de los derechos subjetivos y no aciertan a construirla, con lo que falta la base lógica necesaria para poder hablar de los derechos fundamentales.

En el Medievo tampoco podemos hallar expresiones vigorosas de los derechos humanos, que, en la forma como hoy los entendemos, no aparecen en la vida política de Europa hasta entrada ya la Edad Moderna.

Los documentos medievales sobre la materia contienen no auténticas Declaraciones, sino privilegios (relacionados normalmente con libertades naturales) que el monarca concede a un grupo de súbditos, a un estamento social, a los habitantes de una región, etc. Tienen un claro matiz esporádico y fragmentario. Estos precedentes medievales ostentan un carácter paccionado o contractual y tienen dos características: ser restricciones del poder real, que vienen a reconocer, por lo general, privilegios o derechos ya existentes u observados con anterioridad, y manifestarse a través de documentos diversos, sin enlace orgánico ni sistemático.

• LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA EDAD MODERNA HASTA EL SIGLO XVII

La historia de los derechos humanos va a pasar en la Edad Media Moderna por diferentes fases, pero hay un dato característico: a partir del s. XVI las garantías y seguridades ofrecidas por el poder real se dirigen a todos los súbditos, con lo que se instaura un ppio. de generalidad que ya no será abandonado; es el momento de la generalización.

La Edad Moderna se ve convulsionada por las guerras religiosas. La lucha, en el terreno internacional, concluye con la Paz de Augsburgo (1555), en la que se consagra el absurdo ppio. en virtud del cual los súbditos habrán de profesar la religión oficial, es decir, la del príncipe que gobierne el territorio donde aquéllos residan.

Lo que constituía un ataque a la libertad de conciencia fue la chispa que hizo nacer el movimiento en pro de la conquista de los primeros derechos fundamentales; y así, la aspiración más apremiante fue el reconocimiento del derecho a la libertad de pensamiento y del derecho a profesar libremente una religión.

Aquietada la cuestión religiosa, los esfuerzos se orientaron hacia la conquista de los derechos civiles y algunos derechos políticos. Fue en Inglaterra, cuna del liberalismo lockiano, donde más pronto se cumplieron estas aspiraciones, plasmadas en tres célebres documentos: la Petición de Derechos, la ley de Habeas Corpus y el Bill of Rights. Este último constituye ya una Declaración de derechos; pese a ello, subsiste todavía en el documento el carácter nacional. No se han alcanzado todavía la cota de afirmar que los derechos y libertades competen a todo hombre.

En general, los documentos ingleses evidencian un paso adelante en la evolución de los derechos humanos y significan la plena entrada en la escena política del Parlamento como representación del pueblo, institución que será desde entonces una pieza clave en la construcción del Estado democrático. Los documentos ingleses ofrecen dos características: ser textos normativos y, por tanto, susceptibles de ser invocados por los ciudadanos ante los Tribunales; y su supervivencia histórica, a diferencia de los documentos de otros países.

• LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LOS SIGLOS XVIII Y XIX

Un paso más va a producirse cuando en las declaraciones se borre la referencia exclusiva a un pueblo determinado y no se hable ya de los derechos de los ingleses, sino de los derechos de los hombres. Esta universalización reconoce como una de sus causas el influjo del espíritu iusnaturalista que había construido la Escuela racionalista durante el siglo XVII y que pregonaba como uno de sus dogmas centrales la existencia de un ordenamiento jurídico superior al positivo y aplicable a todos los hombres, del que se desprendían unos derechos igualmente atribuibles a todo ser humano.

En Estados Unidos se formularon la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia y la Declaración de independencia de los Estados Unidos. En Francia, la Declaración de los derechos del hombre y ciudadano, que distingue el hombre en cuanto tal y en cuanto ciudadano, es decir, miembro de una comunidad política: Los derechos del hombre se definen como ámbito de su vida individual frente a la actividad del Estado; los derechos del ciudadano contienen las facultades del miembro de una sociedad política como partícipe del poder. Artº 1º: Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común. Esa universalidad del documento permitió que en él se inspirasen no pocas de las Constituciones que se fueron redactando en los otros países europeos.

La Declaración francesa destaca los derechos individuales y, de modo singular, la libertad y la propiedad; lo cual atribuía unas garantías que podían considerarse suficientes para la burguesía, pero en modo alguno para la clase trabajadora, que quedaba investida del derecho de libertad, pero que difícilmente podría actuar libremente en sus relaciones con el capital frente al que se encontraba inerme y aislada dado que la propia Asamblea Nacional había abolido los gremios, que a fin de cuentas proporcionaban a la clase trabajadora una

cierta posibilidad de acción concertada que le permitiera hacer frente a las exigencias, con frecuencia desmedidas, del capitalismo: ponían de manifiesto la insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía además en democracia social.

Por ello, durante el s. XIX, la lucha por los derechos humanos se orienta hacia la conquista de los derechos sociales, de contenido laboral y económico, que garanticen el trabajo, la percepción de un salario justo, la existencia de seguridad personal en la prestación laboral, la libertad de sindicación, la extensión a los trabajadores del derecho de sufragio con supresión de los sistemas que lo otorgaban proporcionalmente a las rentas, etc. Las reivindicaciones del proletariado no se materializan en realizaciones concretas hasta entrado ya el s. XX, con alguna excepción, como la Constitución francesa de 1848, que hace ya referencia a determinados derechos de los trabajadores.

Característica destacada en la pasada centuria es la de que se abandona el procedimiento de formular los derechos humanos en solemnes Declaraciones para dar cabida a los mismos en las Constituciones de los Estados quedando incorporados a la norma jurídica fundamental de cada país. Unos derechos perfectamente determinados y rodeados de las garantías y seguridad que la propia Constitución establece.

• LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ACTUALIDAD

La reivindicación de los derechos económicos y sociales culmina, a partir de la segunda década del siglo XX, en el reconocimiento efectivo de aquéllos en no pocos países, completándose así el cuadro de los derechos humanos: civiles, políticos, económicos y sociales. Las dos Constituciones que antes y más desarrolladamente dan el paso son la mejicana de 1917 y la alemana de 1919.

Sin embargo, la especial índole de tales derechos hace que su status y tratamiento constitucional sea diferente del de los derechos que podemos llamar clásicos. Así como respecto de éstos el Estado no tiene otra misión que la de garantizarlos y tutelar su efectivo ejercicio por parte de los individuos, tratándose de los derechos económico-sociales y culturales no puede aquél mantenerse en esa actitud de una cierta pasividad, sino que la satisfacción de los mismos requiere una acción estatal positiva que ponga las condiciones fácticas precisas para que puedan ejercitarse de modo real. La presencia de tales derechos en las Constituciones implica, desde luego, un cierto compromiso del estado para implantar las condiciones necesarias para su ejercicio, pero no otorga a los titulares una posibilidad inmediata de satisfacción ni, por tanto, pueden esgrimirse ante los Tribunales, como sucede con los demás derechos; de suerte que vienen a ser como líneas programáticas de una futura acción de la Admón. La inclusión de esos derechos en el texto constitucional representa un fuerte factor de presión frene al Estado para que ponga las condiciones adecuadas de modo que su ejercicio llegue a ser una realidad.

Las Constituciones actuales se caracterizan por haber abandonado el tono generalmente enfático de las del siglo pasado, con lo que han ganado en rigor técnico y en contenido jurídico, siendo de destacar de modo especial el perfeccionamiento a que han llegado en lo que se refiere a la efectividad de las garantías de los derechos fundamentales. En las Constituciones actuales ha desaparecido todo rastro de la concepción individualista siendo sustituido por una línea de solidaridad y de una cierta socialización, de modo que el ejercicio de los derechos individuales se contempla como enmarcado dentro de un contexto social cuyos intereses y valores no pueden ser perjudicados por dicho ejercicio. Sin que por ello desaparezca la concepción humanista que tiene siempre presente el valor de la persona.

En el período que transcurre entre las dos guerras mundiales se produce un fenómeno político de gran transcendencia: la aparición de los regímenes totalitarios, hostiles a los derechos de la persona y a cuya cuenta hay que apuntar la comisión de gravísimos crímenes por la grave violación de los más elementales derechos del individuo y de los grupos humanos. Por ello apenas restaurada la paz, y aun antes de llegar a ésta, la conciencia universal clama por la restauración de aquellos derechos, pero no ya sólo mediante proclamaciones nacionales, sino a través de solemnes enunciados universales.

Así, la Conferencia de San Francisco aprobó la Carta de la O.N.U., quien aprobó la Declaración universal de derechos humanos, complementada en el seno de la propia ONU por el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos y el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales.

Junto a los textos procedentes de los organismos internacionales han aparecido en nuestra época Declaraciones de origen eclesial. Tanto en unas como en otras, no sólo se reconocen paladinamente todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales, sino que se aborda también el tema de los derechos de los grupos (minorías étnicas, religiosas, etc.), para los que igualmente se recaba protección en atención a ser titulares de unos derechos tan respetables como los de los individuos.

TEMA 34.- EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.-

• NECESIDAD DE UNA FUNDAMENTACIÓN DE ESTOS DERECHOS

Los derechos humanos tienen hoy una total aceptación y disfrutan de un universal reconocimiento, otorgándoseles una primacía respecto de cualesquiera otras facultades o derechos que pueda ostentar el sujeto.

Pero ese universal consenso nos obliga a inquirir las razones de ello. ¿Qué hay en los derechos humanos que suscita tan unánime respeto y que mueve a situarlos sobre todo otro derecho subjetivo?. Pregunta que plantea el problema del fundamento de los repetidos derechos: ¿en qué se apoyan, de dónde brotan, cuál es su fuente?.

No han faltado autores que, desde la tesis marxista de atención exclusiva a la praxis, sostienen que respecto de estos derechos lo importante no es justificarlos sino esforzarse por que se den las condiciones necesarias para su efectividad, entendiendo que es ocioso perder tiempo en mostrar su existencia, que todo el mundo da como real; pero a la afirmación de Bobbio de que hay una convicción generalmente compartida de que ya están fundados, cabe objetar que la constante violación actual de los derechos humanos muestra la falta de arraigo y la precariedad de esas pretendidas convicciones generales compartidas.

• DOCTRINA RELATIVISTA

Norberto Bobbio. Para este autor, es inútil buscar un fundamento absoluto a los derechos humanos: Hoy día esta ilusión no es posible; toda búsqueda del fundamento absoluto no está, a su vez, fundada. Aduce cuatro razones para justificar su aserto: a) la vaguedad de la expresión de derechos del hombre; b) la variabilidad histórica de los mismos; c) su heterogeneidad, y d) las antinomias que aparecen entre los derechos invocados por los distintos sujetos. La conclusión a que llega es ésta: No se trata de encontrar el fundamento absoluto sino de hallar los diversos fundamentos posibles.

Las cuatro objeciones formuladas son rebatibles. La vaguedad no puede esgrimirse como argumento contra la posibilidad de su fundamentación, pues incurre en una petición de ppio.: no cabe argüir que no puede fundamentarse el concepto porque es vago, ya que esa vaguedad subsistirá, precisamente, mientras no se dé al concepto un adecuado fundamento. Respecto de la variabilidad temporal, es el argumento típico de todo relativismo histórico, que no distingue entre los ppios. y su realización diacrónica, es decir, su diversa plasmación o efectividad en cada momento histórico, negándose a ver que esa variación en las manifestaciones concretas no arguye nada en contra de la unidad del ppio. La heterogeneidad de los derechos humanos se manifiesta en la realidad porque son heterogéneos igualmente los distintos aspectos de la personalidad del sujeto que cada derecho tiende a proteger; el derecho a la vida y el derecho a la educación no están más alejados entre sí que puedan estarlo otros derechos subjetivos no fundamentales sin que por ello quepa negar que existe un concepto unitario de derecho subjetivo. Las posibles antinomias entre derechos fundamentales son pura consecuencia de los diferentes contenidos y finalidades de los mismos.

Por lo demás, Bobbio no pone demasiado énfasis en su tesis y en el fondo, lo que hace es desentenderse del problema de la fundamentación para centrar la atención en la realización fáctica de los derechos

fundamentales.

- DOCTRINA AXIOLÓGICA

Esta postura justifica la existencia de los derechos fundamentales en la realidad de unos valores que se dan en la persona humana (vida, libertad, dignidad, etc.) para cuya plena realización y protección se estima necesaria la atribución al sujeto de unos derechos que están por encima de las veleidades y mudanzas del ordenamiento jurídico positivo. Dado que aquéllos son valores fundamentales, supremos y primarios de la persona humana, iguales características han de reconocerse a los correspondientes derechos.

Lo que no parece claro es que de tales valores puedan derivarse unos derechos. Conforme a la tesis iusnaturalista, el deber ser puede proceder del orden del ser, pero este punto de vista no es aquí aplicable, pues, los valores tienen un modo de existencia distinto del de las cosas, de tal suerte que no pertenecen al orden del ser, de donde pudiera transitarse al orden del deber ser. La relación causal valor–derecho no se da tampoco en los derechos subjetivos no fundamentales; aun admitiendo que todo derecho protege un valor, lo cierto es que tales derechos se originan en la norma jurídica que los confiere al sujeto, por que en realidad no nacen del valor, sino con ocasión del valor.

Más bien podría afirmarse que la existencia de los valores básicos origina el deber en el legislador de dictar normas adecuadas para su protección o, el deber de crear, a través del ordenamiento jurídico, las condiciones idóneas para una plena realización de esos valores.

- DOCTRINA LÓGICO–SOCIOLÓGICA

Perelman. Después de reconocer la insuficiencia de toda postura positiva para justificar la existencia de aquellos derechos, no cree tampoco que el iusnaturalismo pueda ofrecer una solución, dada la nota de inmutabilidad con que sus mantenedores suelen adornarle.

En su lugar propone una fundamentación en la experiencia y la conciencia morales, pero no de cada sujeto individual, sino de una especie de consenso en que vienen a coincidir los espíritus razonables. Hay, en primer lugar, una toma de posición del teórico que resultará de una decisión personal; pero este inicial personalismo se diluye y generaliza porque tal decisión personal la adopta el teórico en cuanto se presenta como válida para todos los espíritus razonables. La propuesta se carga así en la cuenta de una casta especial de hombres: los filósofos. Pero para evitar el riesgo de un despotismo ilustrado, procede a un segundo grado de generalización: Las soluciones contingentes y manifiestamente perfectibles presentadas por los filósofos no pretenden ser razonables sino en la medida en que estén sometidas a la aprobación del auditorio universal, constituido por el conjunto de hombres normales y competentes para juzgar acerca de ellas, o, como más adelante dice, todos los que son considerados como interlocutores válidos en las cuestiones debatidas.

La posición de Perelman se resiente a nuestro juicio de vaguedad e imprecisión. Los derechos humanos, según éste, encontrarían su fundamento en la opinión ético–jurídica conformada en la conciencia de una élite de notables, aunque luego, por la esencia misma de tales derechos, fuesen atribuidos a todos los hombres. ¿Cómo y quién determina la composición de esa aristocracia ética?, ¿Quiénes y en virtud de qué criterio establecido por no se sabe qué instancia pueden catalogarse como hombres normales y competentes, como interlocutores válidos en las cuestiones debatidas?. La presunción de existencia de un grupo sociológico selecto en cuyo seno se engendran las decisiones ético–jurídicas, ¿no está condenando de raíz el carácter universal de los derechos humanos?.

- DOCTRINA LEGALISTA

Los derechos humanos encuentran su fundamento en la ley positiva, en el ordenamiento jurídico que los acoge y rodea de garantías para su ejercicio, de tal suerte que, antes de su incorporación a la normativa positiva,

carecen de entidad como tales derechos humanos. Cuando se habla de ley se entiende que es la que se legitima por la voluntad popular expresada a través de un sistema auténtico de representación, con lo que el último fundamento de los repetidos derechos se hallará en dicha voluntad popular. Esta actitud está bastante difundida y mantenida, junto con otros autores, por el profesor Peces-Barba y afirma que los derechos fundamentales se completan con su recepción en el derecho positivo. Y más adelante: Un derecho fundamental no alcanza su plenitud hasta que no es reconocido en el Derecho positivo. Sólo si, amparado en una norma, es un derecho subjetivo, tiene posibilidad de nacer a la vida jurídica y, por consiguiente, de actuar como tal derecho en manos de su titular en las relaciones sociales.

Para Peces-Barba si un derecho no se halla reconocido y amparado por una norma positiva no es derecho, sino un valor cuya realización resultará siempre deseable, pero que, desde luego, no está en el mundo jurídico. Tal concepción, aparte de los peligros que entraña, presenta un obstáculo a nuestro juicio muy grave. Porque si los derechos humanos no son derechos en un ordenamiento que no los reconozca, ¿en nombre de qué cabrá justificar la revolución?. El hecho revolucionario sólo se legitima cuando el poder impugnado ha desconocido derechos fundamentales de los súbditos, para lo cual es forzoso que esos derechos existan. En los súbditos tendrá que darse un derecho a la rebelión. ¿Cómo, si no es así, distinguir la revolución legítima de la pura subversión?.

Vigencia efectiva o práctica de los derechos humanos: Si en un ordenamiento jurídico concreto no se ha reconocido un determinado derecho natural, los particulares no podrán alegarlo ante los Tribunales para fundamentar sobre él reclamación alguna; el derecho en cuestión no existirá a los efectos procesales ni, en general, jurídico-prácticos, pero seguirá vigente en la dotación jurídico-natural de cada individuo. Pensar otra cosa equivale a entregar el orden jurídico-natural a las veleidades del poder político, que tendría en su mano la posibilidad de existencia o inexistencia de algo tan entrañablemente unido a la personalidad del sujeto como sus derechos fundamentales. Frente al poder tiránico e injusto el hombre tiene siempre la posibilidad de apelación a un orden jurídico suprapositivo y resultaría estéril si acabásemos por aceptar que la existencia de los derechos naturales está supeditada a la condición de que los mismos hayan sido incorporados de facto al ordenamiento jurídico del Estado.

- DOCTRINA IUSNATURALISTA

Esta posición se remonta por encima de los ordenamientos jurídicos positivos y prefiere asentar los derechos humanos en un orden superior, objetivo, que pueda ofrecer un fundamento de carácter universal y al que, por consiguiente, pueda apelarse en todo tiempo y lugar.

¿Qué es en realidad un derecho?. Es una situación de ventaja o privilegio que ostenta un sujeto respecto de una cosa o respecto de otros sujetos. Ahora bien, es evidente que la convivencia social exige que tal situación no sea consecuencia de una decisión unilateral de quien resulta privilegiado: las situaciones primadas han de ser objeto de una ordenación y en el área de lo social no hay otra ordenación posible que la proviene de la norma jurídica. Por consiguiente, todo derecho ha de fundarse en una norma; sin ella, podrá hablarse de expectativa, deseo, interés, voluntad, utilidad e incluso fuerza, pero no de derecho en el sentido estricto del término.

Esto supuesto, no cabe sino una alternativa: esa normatividad necesaria para que en ella se asienten los derechos fundamentales o es el ordenamiento jurídico positivo o es otro ordenamiento distinto del procedente del legislador. Optar por lo primero presenta los inconvenientes apuntados a la tesis legalista: repugna a la conciencia y a la dignidad humana admitir que el que el hombre ostente o no los derechos fundamentales, afectantes a los aspectos más íntimos y entrañables de la persona, dependa sólo de la vigencia de las normas que quieran otorgarlos. Habrá, pues, que atender a la segunda posibilidad, que presupone la aceptación de ese ordenamiento distinto del positivo.

Se puede reargüir que no es dable pensar que es el legislador, al tratar en sus normas de los derechos

humanos, actúe en un plano puramente voluntarista y que las normas que dicte no procederán de su libérrima voluntad, sino que vendrán condicionadas por una serie de factores que determinarán el sentido y alcance del mandato sin que, por tanto, el otorgamiento o no de aquellos derechos dependa de su puro arbitrio. Pero si entre los que el legislador tenga en cuenta se encuentran factores suprapositivos, entonces estamos transitando hacia una postura iusnaturalista; y si, por el contrario, sólo se consideran realidades sociológicas, culturales, económicas, etc., estamos subordinando al hombre en su más respetable intimidad a unos factores que, con toda evidencia, están por debajo de él en la escala axiológica.

Desde el punto de vista histórico, en el s. XVIII, comienza a abrirse la conciencia de la Humanidad a la idea de los derechos humanos, nadie duda de que los mismos proceden del ius naturale y reciben por ello el nombre de derechos naturales, subrayando su vinculación con la naturaleza humana.

Nuestra propia Constitución de 1978 evidencia, en relación con los derechos humanos, una inspiración iusnaturalista en el art. 10, que abre el Título I, dedicados a los derechos y deberes fundamentales, se expresa así: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes...; son abundantes los artículos que emplean el verbo reconocer, que envuelve la afirmación tácita de que el derecho ahora reconocido tenía existencia previa, sin embargo, el texto constitucional es indeciso, pues junto a reconocer utiliza en otras ocasiones garantizar, proteger, promover, fomentar, etc.

La fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos se condensa en el aserto básico de que éstos no son creados de las normas positivas y que, por consiguiente, existen previamente al reconocimiento que éstas les confieran, si bien en esa existencia previa tengan una dudosa eficacia práctica.

TEMA 17

EL CONOCIMIENTO JURIDICO CIENTIFICO.

El área del saber jurídico científico incluye tres sectores importantes: el de las ciencias jurídicas fáctico–sistemáticas, el de las ciencias jurídicas normativo–sistemáticas y el de las ciencias jurídicas lógico–sistemáticas.

- *Las ciencias jurídicas fáctico–sistemáticas.*

El derecho, en cuanto hecho social complejo presenta dos diferentes perspectivas de análisis: su incesante fluir a través del tiempo histórico y su integración sistemática en el conjunto de los fenómenos sociales. El estudio de la dimensión fáctica del derecho ha desembocado en el desarrollo de dos distintos saberes particulares (la historia del derecho y la sociología jurídica).

- La historia del derecho.

Si se quiere comprender en toda su profundidad y extensión el sentido de cualquier sistema jurídico actual, es imprescindible adentrarse en el conocimiento de la trayectoria que ese derecho ha seguido hasta constituirse e lo que hoy es.

La preocupación por el proceso evolutivo del derecho había estado siempre presente en los estudios jurídicos, en especial a partir del renacimiento, pero el nacimiento y el inicial desarrollo posterior de la nueva ciencia fueron resultado de la presión convergente de dos tipos de preocupaciones e intereses sobre el conocimiento de la historia de las instituciones jurídicas: los puramente históricos o históricos–políticos y los netamente jurídicos. Este hecho ha condicionado hasta hoy la evolución de la ciencia histórica del derecho, de modo que todavía puede afirmarse que la realización de los estudios históricos de los derechos se adscribe siempre a una de estas dos orientaciones predominantes: la de los historiadores y la de los juristas.

La historia del derecho cultivada por los historiadores se ha ocupado prioritariamente de aquellos aspectos que contribuyen a complementar y enriquecer los conocimientos globales que se tienen del pasado histórico de las diversas sociedades o pueblos. Es una historia del derecho entendida y construida como rama especial de la ciencia histórica general.

La historia del derecho preferida por los juristas se ha preocupado sobre todo de los datos y aspectos que pueden contribuir a un conocimiento más exhaustivo y profundo de los distintos elementos (instituciones) de los derechos vigentes. Se ha centrado en el estudio del nacimiento y evolución de las instituciones, de las distintas influencias recibidas y de los vaivenes experimentados hasta llegar a la configuración que presentan en la actualidad. Esta Historia del derecho se ha desarrollado dentro del ámbito de la ciencia jurídica y ha sido fiel a los postulados fundamentales de esta ciencia.

La historia del derecho ha de utilizar conjuntamente la metodología del historiador y la del jurista. La del historiador para descubrir, seleccionar y analizar escrupulosamente las huellas o restos jurídicos del pasado en cuanto datos constructivos de la historia. La del jurista para captar en su exacta dimensión el alcance normativo y el significado sistemático-jurídico de esos vestigios en cuanto elementos integrantes de un derecho. Y siempre avanzará bajo el condicionamiento de su propia función constitutiva: ser la ciencia cuyo objeto central está constituido por los propios datos jurídicos históricos y por su sucesión en el tiempo.

- La sociología jurídica.

La sociología jurídica no se constituyó con claridad como genuina ciencia hasta comienzos del siglo XX, y tuvo dos líneas de desarrollo: una de corte conceptualista, teórico y deducivista que predominó durante la primera parte del siglo (llamada sociología jurídica teórica o de gabinete) y otra marcada por la fidelidad a la orientación pragmática y experimental (llamada sociología jurídica empírica o de campo) que se ha venido imponiendo desde los años 50. Es la ciencia o manifestación del conocimiento jurídico que pretende descubrir, verificar y formular sistemáticamente las relaciones de interdependencia que existen entre el derecho y los demás hechos o agentes sociales. Tiene dos grandes aspectos:

- El objeto.

La ciencia o saber jurídico sociológico tiene como objeto propio de estudio al derecho en cuanto fenómeno social que existe dentro de una compleja red de interferencias mutuas con todos los fenómenos sociales y que, en consecuencia, es influido por los múltiples condicionamientos procedentes de esos fenómenos. El análisis sociológico del derecho ha de ocuparse de:

- Estudio de la influencia que el sistema social general, en su conjunto, ejerce sobre el concreto subsistema del derecho, el descubrimiento de todos aquellos elementos o factores de la organización social que influyen en el nacimiento, conservación, transformación o desaparición del derecho.
- Investigación acerca de la influencia del derecho sobre el sistema conjunto de la vida social. Cómo y en qué medida el derecho condiciona la estructura y el dinamismo del resto de las realidades sociales.
- Análisis de la relación de dependencia que tienen entre sí los valores jurídicos y los otros valores o principios que informan el sistema social, determinando al mismo tiempo las consecuencias que esa influencia provoca en el derecho y en la realidad social total.
- El método.

Como ciencia de hechos sociales ha de desarrollar una investigación fundamentalmente explicativa y descriptiva, basada en la observación empírica y objetiva de los fenómenos jurídicos. Por otra parte actúa como regla coactiva de los comportamientos sociales, la sociología del derecho tiene que acceder al conocimiento comprensivo de la realidad jurídica, es decir, al descubrimiento de la significación o intencionalidad humana que el derecho inevitablemente realiza. Por lo que se hace necesario que utilice también la metodología conducente a la captación comprensiva. Observación-explicación, por un lado, y

compresión, por otro.

Es inevitable que esta ciencia armonice en su investigación la dimensión teórica y la dimensión inmediatamente empírica. El sociólogo del derecho tendrá que dosificar en forma adecuada la presencia de estas dos orientaciones en su tarea.

- *Las ciencias jurídicas normativo–sistemáticas.*
- La cuestión de la unidad.

¿ Una o varias ciencias jurídicas normativo –sistemáticas?.

Tradicionalmente, se ha venido hablando de la ciencia normativo–sistemática del derecho, lo que indica que se tenía la idea de que el estudio científico de la dimensión normativa del derecho constituía un bloque que mantenía una unidad esencial. Sin embargo en la actualidad el proceso histórico de diversificación y especialización de su propio objeto de estudio(el derecho o conjunto de normas jurídicas) parece haber llevado a esta ciencia a dividirse en tantas manifestaciones particulares como son los sectores o parcelas autónomos de la normatividad jurídica. Así, puede y deben señalarse, como ámbitos específicos en los que se realiza hoy el conocimiento jurídico normativo–sistemático, una gran multiplicidad de disciplinas parcialmente independientes.

Repaso de los principios o leyes que han animado el desarrollo general y la fragmentación interna de lo que comenzó siendo una actividad científica unitaria.

Esos principios o leyes demuestran que la tendencia avanza hacia una creciente independización de las diferentes parcelas, pero pone al descubierto al mismo tiempo que se mantiene una complementariedad funcional de base. Su formulación puede concretarse en los siguientes enunciados:

- Principio del progresivo desarrollo y autonomía de los diversos sectores o cuerpos normativos dentro del derecho; impuesto y orientado por la importancia de los respectivos campos o áreas de las relaciones sociales sobre las que se aplica la regulación jurídica.
- Principio de la progresiva fragmentación y especialización del conocimiento científico dogmático–sistemático del derecho; seguido por los diversos bloques o sectores normativos que regula los diferentes campos de las relaciones sociales.
- Principio de la parcial autosuficiencia de cada una de las disciplinas o saberes en que se fragmenta la ciencia jurídica dogmático–sistemática. Entre las diversas disciplinas, se da una coincidencia metodológica casi total. Pero en cuanto que el objeto específico es diferente cada disciplina desarrolla un sistema de conocimiento peculiares y distintos.
- Principio de la complementariedad funcional de los distintos saberes especiales desarrollados dentro de la ciencia normativo–sistemática del derecho para el conocimiento total del respectivo ordenamiento jurídico. Mutua relación de complementariedad en orden a la explicación global de la normativa jurídica vigente en un determinado ámbito espacial y temporal.

La autonomía funcional da pie para llegar a la conclusión de que no existe una unidad real, sino más bien una amplia diversidad de disciplinas independientes.

- El problema del origen.

El nacimiento de las actuales ciencias normativo o dogmático–sistemáticas del derecho se produjo en el siglo XIX, cuando el bloque del conocimiento jurídico normativo–sistemático adquirió un rango verdaderamente científico. En el siglo XIX se desarrollan los tres movimientos doctrinales que son considerados generalmente como cuna de las modernas ciencias jurídicas normativo–sistemáticas: la escuela de la exégesis (Francia), la escuela analítica (Gran Bretaña) y la escuela histórica del derecho (Alemania), ellos han sido los que han

determinado fundamentalmente la orientación y el carácter de la nueva ciencia.

- La escuela de la exégesis.

Este movimiento o escuela imprimió al análisis científico del derecho un fuerte espíritu de dogmatismo autoritario, rasgos considerados como caracteres típicos de la escuela, siendo éstos:

- Positivismo legalista, consistente en la reducción del derecho a las leyes o normas establecidas por los órganos legisladores del estado. Toda ley estatal era derecho y que todo el derecho estaba contenido en las leyes estatales, en cuanto que no podía existir derecho, ni contra ni fuera de esas leyes.
- Codicismo o actitud de culto al texto del código civil (Napoleón-1804). En cuanto que ese Código era reconocido como cuerpo básico del derecho estatal y como máxima realización de la racionalidad jurídica que encarnaba en las leyes, debía ser también el único centro de preocupación de los juristas, la misión de éstos se reducía al interpretarlo o simplemente a comentarlo. Pensaban que, con el código, el derecho civil había quedado ya definitivamente constituido y cerrado, por lo que carecía de sentido pensar en la posibilidad de recurrir al arbitrio de intérpretes.
- Autoritarismo estatista. Afirmar que la voluntad o intención del legislador expresada mediante el código debía ser asumida como factor decisivo en toda actividad de aplicación-interpretación del derecho. El espíritu de quien había hecho el código debía prevalecer incluso sobre los propios términos en que se expresaba la ley. Las leyes debían entenderse y aplicarse conforme a la voluntad del estado.
- Formalismo dogmático. Apoyado en la sacralización de las fórmulas o textos en que se recogían las disposiciones contenidas en el código civil, elaboraciones científicas con construcciones teóricas realizadas con categorías conceptuales generales y abstractas; establecidas a partir de las propias normas contenidas en las leyes, de modo que casi nunca se correspondían con los problemas reales que planteaba el dinamismo de la vida social, ni con las necesidades que presentaban las relaciones que eran reguladas por las normas jurídicas. Los textos legales eran datos científicos indiscutibles (dogmas).
- La escuela analítica.

La escuela o movimiento de la jurisprudencia analítica afirma y defiende dos postulados básicos:

- La tesis de que el objeto propio de análisis de esa ciencia (llamada jurisprudencia general o teoría expositiva del derecho) es únicamente el derecho positivo, es decir, el derecho real, derecho que, por otra parte, e identificado por AUSTIN con el mandato o conjunto de mandatos que han sido establecidos por un sujeto soberano dentro de una sociedad política independiente.
- Análisis del estudio de los conceptos generales que se descubran a través de un examen comparativo de los diferentes datos procedentes de los ordenamientos jurídicos de las sociedades más avanzadas. El desarrollo de una teoría del derecho positivo en general que analizara las categorías jurídicas fundamentales comunes a todos los derechos y que se preocupara sobre todo de fijar su delimitación lógica, distinguiéndolas de conceptos afines, de enumerar sus diferentes manifestaciones y de determinar las relaciones de carácter lógico que existe entre ellas. La construcción de un sistema racional de conceptos jurídicos en el que quedase reflejada la coherencia y coordinación formal de las propias normas jurídicas.
- La escuela histórica.

La escuela histórica del derecho contribuyó en forma muy directa al gran desarrollo que la ciencia jurídica alcanzó en el siglo XIX.

El verdadero derecho no es nunca producto de la razón o de la voluntad de un legislador individual, sino creación progresiva de las convicciones que animan al espíritu de cada pueblo, al igual que el lenguaje, el arte y la cultura. Consecuentemente, la ciencia jurídica ha de concentrarse en el estudio de la realidad histórica del derecho. La escuela histórica se oponía radicalmente a la doctrina racionalista del derecho natural, tanto en las tesis de la existencia de una legalidad jurídica necesaria y universal como en la afirmación de que la genuina ciencia jurídica sólo puede construirse a través del análisis de esa realidad.

Sin embargo, a pesar de ese dogma no sólo centraron su atención en el estudio del derecho romano, sino que desarrollaron ese estudio mediante una metodología científico-sistemática rigurosa, orientada hacia la depuración de los conceptos jurídicos centrales, la progresiva generalización y abstracción de las teorías de la determinación de la esencia de las relaciones o instituciones jurídicas. Contribuyó a consagrar una de las tendencias características de la ciencia jurídica moderna: el formalismo conceptual. Los trabajos de SAVIGNY, PUCHTA y WINDSCHEID fueron los responsables directos de que se desarrollase en toda su plenitud la aportación que ha llegado a ser considerada como la manifestación más típica de la ciencia jurídica del siglo XIX: la jurisprudencia de conceptos.

- La caracterización.
- Orientaciones posibles.

Dos grandes formas contrapuestas de entender el objeto, el método y la finalidad de las ciencias jurídicas normativo-sistemáticas: la formal-conceptualista y la histórico-realista.

- El conocimiento científico del derecho es ante todo una construcción sistemática de elementos conceptuales; y esa construcción es el único camino que lleva al descubrimiento del contenido normativo permanente del derecho en sí mismo, derecho que se ha plasmado históricamente en los diferentes conjuntos de la normatividad jurídica estatal (reflejada de forma ejemplar en los códigos).
- La ciencia jurídica es más bien una investigación centrada en las concreciones históricas del derecho, un análisis concreto y empírico del único y auténtico derecho: el derecho real y práctico que se desarrolla en el seno de la sociedad, al margen e incluso en contra del derecho estatal legislado.

La actitud metódica más correcta sería aquellas que asumiera las exigencias de las dos posiciones enfrentadas. Por una parte, la ciencia dogmática del derecho tiene que estudiar un ordenamiento jurídico determinado en el tiempo y en el espacio; como un conjunto de normas que constituyen un sistema tendencialmente unitario dotado de una cierta coherencia y plenitud, tanto lógica como normativa. Pero, por otra parte, hay que tener también en cuenta que ese ordenamiento jurídico no es una realidad puramente lógica.

Por eso, las ciencias normativo-sistemáticas, del derecho tendrán que desarrollar dos tipos de reflexiones. Por un lado, las que corresponde a las tareas de construcción del sistema de conceptos que subyacen a la normatividad vigente y que forman parte de su propia realidad. Por otro lado, las que se orienta a la explicación del derecho como realidad viva y como agente normativo inmerso en el dinamismo de la vida social. Por ello y en definitiva, las llamadas ciencias jurídicas normativo-sistemáticas han de ser entendidas, explicadas y desarrolladas como la elaboración y reconstrucción racional de un material científico (las normas) que, en cuanto dato histórico, está condicionado en su sentido y alcance por el contexto fáctico en el que actúa.

- Los rasgos diferenciales.

Uno de las notas comunes a todas las ramas de la ciencia jurídica normativo-sistemática es tener como objeto inmediato y directo de sus análisis a las normas jurídicas vigentes, en cuanto están vigentes y sólo mientras estén vigentes. Así, la pérdida de la vigencia supone que deje de formar parte del objeto de estudio de la respectiva rama de la ciencia.

Las ciencias normativo-sistemática del derecho se caracteriza, además, por tener la preocupación central de determinar en forma genérica qué es lo que manda cada una de las reglas jurídicas, cuál es su contenido o alcance normativo. Resulta inevitable una amplia gama de operaciones particulares, entre las que cabe destacar las siguientes:

- Examen de las normas jurídicas en su sentido literal inmediato.
- Consideración de su posición dentro del contexto próximo y dentro del sistema jurídico total.

- Investigación de los datos que proporciona su génesis legislativa.
- Toma en cuenta de sus precedentes históricos más inmediatos.
- Análisis de la posición relacional que tienen las normas dentro del sistema social total al que pertenecen.
- Valoración de los diferentes datos determinantes que proporciona la vida jurídica diaria, especialmente desde el punto de vista de la actuación de los tribunales.
- Contraste con lo dispuesto en otros ordenamientos jurídicos y con la solución dada por otras explicaciones o teorías.

Dos actividades complementarias: la construcción conceptual y la sistematización.

- La construcción conceptual.

Consiste en la elaboración de las categorías lógicas (conceptos) genéricas que están contenidas en ellas.

- La sistematización.

Trata de coordinar e integrar racionalmente todas las categorías conceptuales en una unidad lógica superior (el sistema u ordenamiento jurídico), de tal modo que, ante cualquier problema resulta siempre posible a los juristas formular algún tipo de respuesta o solución jurídica aceptable.

De esta forma, las ciencias jurídicas normativo–sistemáticas alcanzan el objetivo que es delimitar el sentido y el alcance normativo del complejo de reglas jurídicas que, como derecho vigente en un determinado espacio jurídico y en un tiempo actual, se aplican a un sistema dado de relaciones sociales. Y en ese punto se pone de manifiesto su destino final operativo, práctico, su misión de contribuir a la inmediata aplicación o realización del derecho. Ese destino práctico sólo podrá realizarse en toda su plenitud al amparo de la función teórica de delimitación, clarificación y sistematización de los contenidos normativos. Por lo cual las diversas ciencias jurídicas normativo–sistemáticas tienen un carácter simultáneo e inevitablemente teórico y práctico: teórico en cuanto que explican científicamente los ordenamientos jurídicos vigentes, prácticos en la medida en que orienta la efectiva operatividad de esos ordenamientos.

- *Las ciencias jurídicas lógico–sistemáticas.*

Dentro del área del conocimiento científico del derecho existe un sector cuyas manifestaciones se caracterizan por la peculiar implicación lógica de los problemas que analiza (ciencias jurídicas lógico–sistemáticas).

Los juristas se preguntan por los principios y reglas lógicas que pueden guiar a los operadores jurídicos en la realización de su trabajo; y cuál es el método lógico que corresponde a las actividades cognitivas que se realizan en relación con el derecho.

Existen dos periodos:

El primero es un largo período inicial en el que el tratamiento de la lógica aplicable al derecho era afrontado dentro de una especie de conciencia de normalidad lógica del mundo jurídico. En ese período, se partía de la convicción de que en la solución de los problemas jurídicos podían y debían aplicarse las mismas reglas y principios lógicos utilizados en la actividad cognoscitiva desarrollada a propósito de cualquiera de las otras realidades cognoscibles.

Por otra parte, un período, iniciado en fecha reciente, en que se enfoca el problema de la lógica aplicable al derecho con una conciencia de anormalidad o excepcionalidad, en el sentido de que se piensa que las realidades jurídicas constituyen unos objetos lógicos peculiares y que, en consecuencia, no pueden ser aplicados en su análisis los mismos procedimientos lógicos empleados en el desarrollo de las investigaciones que se llevan a cabo en relación con las otras realidades. El tratamiento de las cuestiones que plantea el

pensamiento jurídico sólo se justifica si se parte de una conciencia de excepcionalidad, es decir, si se actúa con la convicción de que el derecho constituye un objeto lógico totalmente peculiar.

La peculiaridad lógica del derecho sería, así, el gran fundamento para una primera justificación de una ciencia de la lógica jurídica que sea independiente y específica. Este supuesto no es unánimemente admitido, hay dos posiciones enfrentadas: la que se apoya en la concepción de la lógica jurídica como una simple proyección o aplicación de la lógica general al campo del derecho y la que parte de la idea de que dicha lógica es una lógica específicamente distinta.

Sea cual sea la opinión definitiva que se tenga acerca de la independencia de la lógica que guía a los juristas, el correspondiente tratamiento científico de esa lógica habrá de incluir el estudio de dos núcleos temáticos bastante diferenciados. El primer núcleo comprende todos aquellos problemas que han venido discutiéndose tradicionalmente en relación con el razonamiento de los juristas y las argumentaciones jurídicas, problemas que constituyen la temática predominante de las teorías de la interpretación jurídica o de la metodología del derecho. El segundo núcleo abarca las nuevas y progresivas investigaciones sobre la estructura lógica de las normas y de las proposiciones normativas, así como sobre las posibilidades de formalización y cálculo de los razonamientos jurídicos, investigaciones estas últimas que se desarrollan siguiendo la orientación de los actuales estudios en el campo de la lógica deóntica.

• LECCIONES DE TEORÍA DEL DERECHO

INTRODUCCIÓN

TEMA 1.- PROBLEMAS BÁSICOS DEL ESTUDIO DEL DERECHO.-

El Dcho. ha venido siendo objeto de consideración o estudio desde el momento mismo en que los hombres tomaron conciencia de su propia capacidad de conocer (descubrir o experimentar el modo de ser y actuar de las diversas realidades) y comenzaron a contemplar críticamente el mundo en que vivían. El Dcho. tardó mucho tiempo en llegar a ser un objeto diferenciado y autónomo de análisis. El Dcho., al igual que la Moral, los Usos Sociales e incluso las reglas de higiene y sanidad, subsistió durante largos siglos dentro del mundo confuso y magmático de las costumbres.

El estudio del Dcho. se ha visto sometido a avatares de modo que tropieza con varios obstáculos importantes.

• LA PECULIARIDAD DEL DERECHO COMO CIENCIA Y COMO OBJETO DE CONOCIMIENTO

El estudio del Dcho. ha de enfrentarse a varias dificultades que provienen, o bien de la propia realidad del fenómeno jurídico, que por su carácter pluridimensional da lugar a la existencia de varias perspectivas de análisis o bien de las vicisitudes por las que ha atravesado el examen y tratamiento científico de esa realidad. La ciencia del Dcho., aparte de su notable diversificación interna, tiene algunos inconvenientes genéricos, como la ambigüedad del término Derecho o la especificidad del lenguaje jurídico.

• La polisemia del término Derecho.-

Diferentes significados que se le atribuyen:

- Hacer o estudiar Dcho. Estudio correspondientes a la licenciatura es esa rama especial del saber que es el Dcho. Significado sociológico de carrera universitaria que se sostiene a su vez en otro: el que hace referencia al cjto. de conocimientos que tratan de asimilar quienes estudian Dcho.
- Dcho. en cuanto ciencia. Cjto. de conocimientos desarrollados de forma sistemática en torno a la problemática que plantea la vida jurídica.
- Dcho. en sentido objetivo, como ordenamiento jurídico. Como cjto. de ppios., reglas y decisiones de

carácter jurídico y de distinto rango que predeterminan la organización social y que rigen el desarrollo de las relaciones y comportamientos sociales dentro de un determinado ámbito. Así se habla de Dcho. español, foral o canónico.

- Dcho. en sentido subjetivo (dcho. con minúscula). Poder o facultad que, correspondiendo a un determinado sujeto, legitima a éste para realizar o no determinados actos, para exigir de otros sujetos que efectúen o se abstengan de efectuar ciertas acciones, o para personarse ante la admón. y ante los tribunales de justicia con la pretensión de provocar su intervención en la marcha de la vida jurídica.
- Dcho. (con minúscula) referido a la justicia. No hay dcho. a que unos tengan tanto y otros tan poco.

Estas últimas acepciones no pueden tomarse como muestras de un nuevo significado, sino sólo como simples manifestaciones de un empleo incorrecto del término. No hay que caer en confusiones ya que afirmaciones que serían legítimas si se hacen en relación con el Dcho. como ciencia no serían válidas si se refirieran al Dcho. como carrera universitaria, en su sentido objetivo o en su sentido subjetivo.

- El lenguaje jurídico.–

Puesto que el Dcho. se caracteriza ante todo por ser y actuar como norma que determina las conductas y delimita los intereses de los ciudadanos, parece exigible que se exprese en un lenguaje coincidente con el que utilizan habitualmente esos ciudadanos, de modo que no presente dificultades de comprensión para la mayoría de los miembros del grupo. Ej.: Competencia como facultad o poder jurídico de examinar y resolver determinados litigios o como amplios conocimientos y gran honestidad.

El desconocimiento del sentido peculiar que corresponde a las expresiones o términos del lenguaje jurídico hace caer en múltiples confusiones o malentendidos. A pesar de que las exigencias de la seguridad jurídica parecen imponer la coincidencia entre el lenguaje del Dcho. y el lenguaje común del grupo, con frecuencia existe una notable distancia entre uno y otro.

Este hecho no es casual. Se ha producido porque la función reglamentadora que cumple el Dcho. arrastra la necesidad de eliminar de sus propios enunciados la imprecisión o indeterminación que acompañan a menudo a los términos del lenguaje cotidiano. Los juristas no sólo han desarrollado un largo proceso de delimitación del sentido de muchos de los términos del lenguaje común que son habitualmente utilizados por el Dcho., sino que han procedido también a la incorporación de un número importante de términos específicos.

Si bien gran parte de los términos del lenguaje del Dcho. pertenecen al lenguaje común y tienen casi siempre en el contexto del lenguaje jurídico un significado concreto distinto y ha terminado por atribuir a éstos una significación peculiar propia.

- Las dimensiones del fenómeno jurídico.–

La pretensión de dirigir la actuación de los sujetos en el ámbito de las relaciones sociales es una de las características fundamentales que definen la existencia del Dcho. así, la regulación jurídica se manifiesta ante todo como un medio o técnica de organización social que, junto con otros varios mecanismos (religión, moral o usos sociales) contribuye de manera insustituible a la implantación de un determinado orden, a la realización de un determinado modelo de organización en la sociedad.

Sin embargo la realidad del Dcho. no se agota en su eficacia normadora. Se descubren tres grandes dimensiones complementarias: la fáctica, la normativa y la valorativa. El Dcho. es, pues, una realidad constitutivamente tridimensional que se manifiesta y actúa a un mismo tiempo como hecho, norma y valor.

- DIMENSIÓN FÁCTICA.

Rasgo primario del Dcho.: ser resultado o producto de la creatividad humana, instrumento que el hombre

inventa para asegurarse la conservación y el satisfactorio desarrollo de su vida dentro de las relaciones sociales. El Dcho. nace y existe como una realidad inevitablemente inscrita dentro del marco histórico de la vida humana.

Esta vinculación del Dcho. a la estructura de la vida social tiene para él tres consecuencias importantes: en primer lugar, la simple coincidencia existencial con todos los demás hechos sociales; en segundo lugar, la inclusión dentro del campo de acción de los factores que determinan en cada momento la vida colectiva y la consiguiente influencia que esos factores proyectan; en tercer lugar, la configuración como un hecho social estricto. Aunque la existencia del Dcho. no es posible sin la concurrencia de elementos físicos y de elementos ideales muy variados, no se identifica nunca con esos elementos. El Dcho. es un producto o instrumento de la necesidad humana y se define por su propia estructura funcional e instrumental, es decir, por el destino o finalidad social a que se orienta.

Cuando la reflexión humana intenta dar explicación del Dcho., ha de detenerse en su dimensión fáctica, de modo que el saber o conocimiento jurídico resultante incluya una amplia sección o apartado de corte estrictamente histórico-fáctico.

- DIMENSIÓN NORMATIVA.

Otros rasgos peculiares del Dcho. El Dcho. se caracteriza ante todo por intentar reglamentar de una determinada forma y en un determinado sentido gran parte de las conductas sociales de los hombres. Es, pues, un hecho social que de ser definido en última instancia desde su función normadora.

De ahí que el rasgo más acusado es el de ser y actuar como norma, como regla de conducta. Y, por ser norma directiva de las conductas, condiciona al mismo tiempo en forma decisiva la propia organización social que los comportamientos humanos, en su trama interrelacional, implantan y reproducen.

En consecuencia, el saber o conocimiento jurídico ha de preocuparse también de delimitar y explicar el alcance normativo de las reglas de Dcho. por eso nació y se ha cultivado ampliamente ese tipo específico de conocimiento que es el saber jurídico dogmático-sistemático.

- DIMENSIÓN VALORATIVA.

La propia dimensión normativa exige la presencia de la dimensión valorativa.

La propia estructura de las necesidades humanas de convivencia llega a exigir que la funcionalidad originaria del Dcho. se lleve a cabo a través de la referencia a unos valores o criterios orientadores. La existencia de cualquier norma jurídica se apoya siempre en una precedente selección valorativa de las conductas que deben ser cumplidas o evitadas. El sujeto social que crea esa norma considera tal conducta más valiosa que todas las otras posibles. Hay siempre un juicio de valor basados en unos ppios. reconocidos como factores determinantes de la legitimidad o justificación de esa norma.

Las reglas jurídicas intentan implantar un determinado orden social frente a otros órdenes posibles. Así, orientan la sociedad hacia un concreto modelo organizativo definido por un cjto. de ideales o valores cuyas exigencias éticas actúan como trama básica de la organización social que se pretende implantar. La propia existencia del Dcho. positivo apunta hacia la presencia, más allá del mismo, de unos ppios. o criterios de valoración. Y es la realización de esos ppios. o valores lo que proporciona a los distintos Dchos. históricos su propia legitimación ética.

Consecuentemente, si el conocimiento jurídico quiere acceder a una captación fiel y comprensiva de la realidad global del fenómeno jurídico, ha de asumir también la perspectiva adecuada para el análisis de la dimensión valorativa del Dcho. por eso ha surgido, dentro del campo del saber filosófico-jurídico, la reflexión

axiológica, es decir, la reflexión sobre los valores o criterios ideales que ha de intentar realizar el Dcho. positivo para ser fiel a su propio destino.

- LA UNIDAD DE LAS DIMENSIONES DEL DERECHO.

Las tres grandes dimensiones (fáctica, normativa y valorativa) originan tres distintas líneas de saber jurídico. Pero tales dimensiones coexisten en una realidad existencial que es única: la realidad concreta y coherente del Dcho. histórico de cada pueblo. Son, por tanto, tres dimensiones que no pueden dar pie a la independencia total o a la separación tajante entre las tres diferentes líneas de estudio que se originan en esa tridimensionalidad existencial del Dcho.

Cualquier Dcho. es en cualquier hipótesis una concreción histórica cuya función constitutiva es crear y mantener un orden dentro de la vida social de un determinado grupo humano, en una determinada época y según los imperativos o exigencias de unos determinados valores éticos. Cada una de sus tres dimensiones integrantes es igualmente importante e igualmente imprescindible para un conocimiento integral del Dcho. todas ellas contribuyen por igual a la configuración de esa peculiar realidad problemática que es el Dcho. y, si se deja de prestar la debida atención a cualquiera de ellas, el Dcho. no podrá llegar a ser explicado en toda su rica complejidad existencial.

- LA DIVERSIFICACIÓN DEL SABER O CONOCIMIENTO JURÍDICO
- Manifestaciones históricas.–

Proceso evolutivo gral. del pensamiento humano: el ppio. de la creciente diversificación y especialización del conocimiento. este ppio. ha proyectado también su influencia a dos frentes: el de la constitución de grandes bloques epistemológicos dispares y el de la consolidación de sectores o parcelas relativamente independientes dentro de cada una de los bloques. La reflexión que los hombres han desarrollado sobre el Dcho. a lo largo de la historia se ha colocado en alguna de estas perspectivas: la del saber religioso, la del saber filosófico, la del saber práctico y la del saber científico estricto.

Se admite generalmente la idea de que el nacimiento de las principales manifestaciones del pensamiento humano se produjo en el seno del saber religioso, de tal modo que éste condicionó durante largo tiempo el desarrollo de dicho pensamiento. La normatividad social y jurídica fue analizada e interpretada de forma constante dentro de la óptica religiosa. Sin embargo, esta óptica llegó a debilitarse gravemente, de modo que el modelo ideal del Dcho., la Justicia, empujado por el avasallador ímpetu de la racionalización, terminó por quedar recluso en el ámbito de un conocimiento secularizado o simplemente humano. La reflexión sobre los grandes problemas de la vida jurídica no admite ya la vía de la explicación religiosa.

A su vez, la perspectiva filosófica ha estado permanentemente presente en todas las grandes manifestaciones históricas del saber jurídico, si bien se ha visto mediatizada siempre por las tensiones procedentes de su origen religioso y de su destino secularizador. La reflexión filosófica sobre el Dcho., tras permanecer diluida durante largo tiempo en el seno de la filosofía política o de la filosofía ética de corte teonómico, sucumbió finalmente (s. XVIII–XIX) a la pretensión empirista de limitar su vuelo a los confines del Dcho. positivo, presuponiendo que el objeto de su atención (el Dcho.) era un simple producto de la voluntad del legislador estatal. Por esta vía, a mediados del s. XIX, bajo la presión de la epistemología y de la metodología impuestas por el movimiento positivista, el saber filosófico del Dcho. llegó a reducirse a una especie de teoría gral. o común de las diferentes ciencias jurídicas parciales. Ahora bien, a partir de ese momento la perspectiva filosófica ha recuperado su protagonismo en el campo del saber jurídico y ha rescatado su viejo carácter abstracto junto con la funcionalidad crítica que le ha caracterizado en la mayor parte de los períodos de su historia.

La perspectiva práctica o técnica ha tenido una presencia tan antigua y tan permanente como la vida o como la propia actividad reflexiva sobre el Dcho. El diario enfrentamiento del Dcho. con las complicaciones de las relaciones sociales han hecho que este conocimiento haya sido objeto de una atención constante y preferente

por parte de quienes intervienen en las distintas actividades jurisdiccionales. Sin embargo, es un tipo de conocimiento que parece destinado a permanecer secuestrado por alguna de las otras manifestaciones o a diluirse en ellas, especialmente en relación con el conocimiento científico. No obstante se trata de un tipo de conocimiento jurídico que es suficientemente distinto e independiente de los otros como para constituirse en objeto autónomo de consideración.

El conocimiento científico estricto está guiado por la preocupación de delimitar y explicar el alcance normativo de cada una de las reglas contenidas en los respectivos Dchos. (ord. jurídicos) históricos. Debido al gran crecimiento interno y a la independización de los diversos sectores o cuerpos de normas jurídicas (el civil, el penal, el mercantil, etc.) se ha producido dentro del conocimiento científico del Dcho. un continuo despliegue de investigaciones sectoriales que se han integrado en las ciencias jurídicas dogmático-sistemáticas y ocupan hoy el núcleo representativo de los estudios jurídicos oficiales.

- Panorama actual. –

En la situación actual el cuadro o mapa gral. del saber jurídico puede diseñarse, una vez aceptada la exclusión de la perspectiva religiosa, de la siguiente forma básica:

- Área del saber jurídico práctico o técnico:
 - Política jurídica.
 - Jurisprudencia.
- Área del saber jurídico científico:
 - Ciencias fáctico-sistemáticas.
 - Ciencias normativo-sistemáticas.
 - Ciencias lógico-sistemáticas.
- Área del saber jurídico filosófico:
 - Teoría del conocimiento jurídico.
 - Teoría fundamental del Dcho.
 - Teoría del Dcho. justo.
- Posición que ocupa la Teoría del Dcho. –

La Teoría del Dcho. está constituida por aquel sector de la reflexión jurídica que se ocupa de responder a la pregunta por la estructura o modo-de-ser (en otras palabras, la naturaleza, la esencia, el ser...) del Dcho., así como de dar explicación de las cuestiones directamente implicadas en esa pregunta: cuál es la razón de ser, cuáles son las raíces de su existencia y cuál es el destino o sentido último que actúa como fundamental diseño de su ser/existir. Para ello analiza la relación que une al Dcho. con el hombre, en cuanto sujeto libre e independiente, y con la estructura de las relaciones en que los seres humanos desenvuelven realmente su vida, intentando descubrir su propia necesidad histórica y la función que cumple como ordenación específica de la convivencia.

La Teoría del Dcho. debe perfilar un concepto del Dcho. en el que queden reflejados sus caracteres o rasgos diferenciadores esenciales. Para lo cual debe analizar las repercusiones estructurales que produce en el Dcho. su vinculación con otros agentes determinantes de la organización social (tales como la moral, los usos sociales, la religión, el poder, la economía, la política o el Estado). Asimismo, se reconoce como competencia de la Teoría del Dcho. la delimitación conceptual de aquellas categorías jurídicas que reflejan los elementos primarios de cualquier posible experiencia jurídica. Y, finalmente, se le atribuye la tarea de desarrollar el

análisis de la estructura y el funcionamiento de los ord. jurídicos históricos.

La Teoría del Dcho. se ocupa, pues, ante todo de desarrollar un tipo de análisis que sea capaz de fundamentar y de explicar críticamente la realidad jurídica. Y, por eso, su quehacer propio no puede agotarse en el examen empírico del Dcho. positivo, sino que ha de adentrarse constantemente en consideraciones de calado filosófico orientadas a descubrir el sentido y la misión que corresponde al Dcho. dentro del proyecto de la vida social del hombre y dentro del plan gral. de la organización de la sociedad.

TEMA 16

EL CONOCIMIENTO JURIDICO PRÁCTICO.

- *Su Presencia en los procesos de creación y aplicación.*

El conocimiento práctico del derecho hace referencia a la actividad cognitiva peculiar que desarrollan aquellos sujetos jurídicos que intervienen en los procesos de creación y realización (o aplicación) de las normas jurídicas.

Empíricas: se basa en la experiencia y en la observación.

El funcionamiento habitual del derecho exige que los diversos sujetos jurídicos que intervienen en él desarrollen un tipo de consideraciones, reflexiones y argumentaciones que no son reductibles ni al conocimiento científico propiamente dicho ni al conocimiento filosófico. La actividad cognoscitiva desarrollada por quienes crean o aplica el derecho, no sólo pertenece a un nivel o tipo distinto de aquel que realizan los científicos o los filósofos, sino que ostenta una especificidad y protagonismo destacados.

- La prioridad del conocimiento jurídico práctico.

El dato absolutamente primero de la experiencia jurídica es la presencia de unos concretos problemas o conflictos de convivencia a los que ha de darse una solución justa que sea aceptada y reconocida por el grupo. Esa misión ha sido confiada al derecho. Y, de este modo, se ha concretado en un sistema de reglas y en una trama de acciones tendentes a posibilitar dicha solución. Consecuentemente, toda la actividad de los sujetos que intervienen en ese proceso tiene también un carácter práctico, por cuanto se orienta a determinar qué es lo que cada uno puede y debe hacer jurídicamente en cada una de las situaciones que se encuentra.

Esa actividad jurídica práctica exige que quienes la realizan lleve a cabo un proceso cognoscitivo específico que se diferencia netamente del nivel de conceptualización y sistematización propio del conocimiento científico y del conocimiento filosófico del derecho. Así el legislador necesita captar toda la complejidad de la situación histórica y social a la cual se enfrenta en el momento de la decisión legislativa y precisa aplicar las técnicas adecuadas para que esa decisión logre desarrollar toda la funcionalidad social que les exigible. El juez, que ha de intentar llegar a una solución racional, adecuada y justa del conflicto planteado, necesita desarrollar una actividad cognoscitiva compleja en la que estén presentes al mismo tiempo las reflexiones teóricas y las consideraciones inmediatamente pragmáticas.

Concepto:

Por tanto todo proceso de concreción y realización del derecho implica siempre una lagar actividad cognoscitiva volcada hacia la praxis, ya que se refiere a la utilización de unos determinados medios para logra unas determinadas finalidades jurídicas y sociales, mediante la formulación de una ordenación activa para unas conductas determinadas.

Esa actividad es precisamente el conocimiento jurídico práctico. La regulación jurídica, no podría ser

establecida, si no se tiene un conocimiento adecuado de los objetivos a los que se orienta en cada caso las normas o decisiones y de los medios o instrumentos utilizables para su logro. Por ello, el saber jurídico práctico requiere el conocimiento de los principios teóricos y de los fines generales del ordenamiento jurídico.

Por tanto el conocimiento jurídico práctico es el conocimiento que acoge la inicial preocupación teórica del hombre ante el fenómeno jurídico. Y, aunque está abocado a completarse en el análisis científico-jurídico y en la reflexión jurídico-filosófica, es un conocimiento que puede existir cuando todavía no han surgido los otros niveles superiores de reflexión.

- Su caracterización sistemática.

El conocimiento jurídico práctico no llega a alcanzar en ningún momento el nivel de conceptualización y sistematización propio de los conocimientos científico o filosófico del derecho. Es, pues, un conocimiento que permanece vinculado a la consideración de los diversos elementos que puede ser relevantes para decisión concreta que el sujeto jurídico ha de adoptar en relación con un problema también plenamente concreto. Pero la actividad creativa y realizadora de derecho presenta siempre y a un mismo tiempo problemas de decisión y problemas de conocimiento, de tal modo que, los propios problema de decisión se reducen a problemas de conocimiento.

Así, lo característico de este tipo de conocimiento jurídico es su directa vinculación al proceso de decisiones que adopta aquellos sujetos jurídicos que participan en la formulación/creación de las normas jurídicas o en su proceso de aplicación. Es un tipo de conocimiento que se construye en dependencia inmediata respecto de los elementos empíricos que intervienen en los momentos del nacimiento y la realización del derecho. Consecuentemente, está siempre mediatizado por el dinamismo de la vida jurídica. Y, en esa medida, no llega nunca a disponer del grado de certeza o evidencia a que llegan normalmente el conocimiento científico o el conocimiento filosófico, de los que se diferencia, además por razón de la perspectiva o punto de vista en que se coloca y por el peculiar método que, consecuentemente, utiliza.

- *Política jurídica, proceso legislativo y jurisprudencia.*

El derecho aparece como una realidad dinámica cuya existencia y operatividad se desarrollan a través de un complejo proceso en el que destaca dos momentos decisivos: el de la creación y el de la aplicación.

El primer momento importante es sin duda aquel en que las reglas del derecho surgen en un determinado ordenamiento o sistema jurídico histórico con su plena capacidad directiva y conformadora de las conductas de los sujetos sociales. Es el momento de la creación del derecho y que cae dentro del campo de acción de la manifestación del conocimiento jurídico práctico que es la política jurídica o política del derecho.

El segundo momento resume un amplio proceso a través de cual las normas jurídicas generales llegan a realizar su propio destino directivo o regulador, configurando de forma inmediata y efectiva el correspondiente sector de los comportamientos y relaciones sociales. Es el momento de aplicación del derecho y que ha dado lugar a un intenso desarrollo del conocimiento jurídico práctico a través de la actividad (llamada jurisprudencia) de los diferentes operadores jurídicos que intervienen en el proceso.

- La política jurídica.

Concepto:

Política jurídica (o política del derecho) es la actividad que realiza todos aquellos sujetos que participa en la creación expresa y formal de las normas jurídicas generales o particulares. Sujetos muy diferentes entre sí: ponencia constitucional, parlamento, gobierno, órganos de los entes autonómicos, provinciales o municipales, sindicatos, empresas, ciudadanos particulares, etc. Cualquiera que sea el sujeto, su actividad creadora de

derecho implica siempre el desarrollo de un tipo de conocimiento centrado en la consideración de los objetivos hacia los que tiende y de las circunstancias en que tales objetivos han de lograrse, por lo que atiende sobre todo a las implicaciones y posibilidades jurídicas que ofrecen los distintos fines o proyectos sociales y políticos, se ocupa de sopesar las repercusiones de los condicionamientos fácticos de todo tipo y trata de medir la adecuación y la eficacia de los diferentes medios o técnicas jurídicas utilizables para la consecución de tales objetivos.

La actuación responsable en el ámbito de la política jurídica exige el conocimiento y ponderación de temas como las implicaciones jurídicas que ofrecen los distintos objetivos o proyectos sociales y políticos, la correspondencia o adecuación existente entre los diversos tipos de normatividad jurídica y los diferentes objetivos sociales y políticos propuestos, la cual eficacia conformadora y directiva de los varios instrumentos o técnicas de normación jurídica, la rentabilidad o coste social de los distintos instrumentos o proceso legislativos utilizables, la adecuación de los diferentes instrumentos jurídicos concretos a la regulación de cada materia regulable, la corrección técnica de dichos instrumentos, etc.

La política jurídica requiere un tipo de conocimiento jurídico en el que la solución más adecuada vendrá de la mano del estudio pormenorizado de la correlación entre los medios idóneos y los fines u objetivos sociales que se desea conseguir.

2.2. La jurisprudencia.

Dentro del léxico jurídico español, la voz jurisprudencia puede reflejar tres significados importantes:

- El equivalente a ciencia jurídica.
- El equivalente a conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los tribunales.
- El que se asigna en la explicación de un texto.

Concepto:

El término jurisprudencia designa a esa específica actividad que desarrollan los sujetos jurídicos cuando intervienen directamente en el complejo proceso de la aplicación de las normas jurídicas generales a la regulación de relaciones o situaciones sociales individualizadas. Esta actividad es llevada a cabo por los jueces, por los operadores jurídicos y por los propios ciudadanos particulares.

Esta actividad implica la actualización de un conocimiento jurídico peculiar que actúa en un doble frente. Por una parte, tiene que ayudar a descubrir cuáles son las normas jurídicas aplicables al caso. Por otra parte, la aplicación de ese peculiar conocimiento ha de proporcionarles a los distintos sujetos jurídicos los criterios suficientes para que puedan adoptar en cada caso la decisión racionalmente más adecuada, justa y convincente.

Por eso exige la concurrencia de nociones e ideas que resultan imprescindibles para que el sujeto pueda llegar a una solución correcta. Así, deberán ser conocidos el sentido y la función que el derecho desempeña en la vida social, las variaciones históricas que ha experimentado y las razones profunda de su evolución, su condicionamiento por los factores de la realidad social, la necesidad que tiene de adaptarse constantemente a los problemas o necesidades sociales nacientes, su inevitable determinación por los ideales o valores predominantes en la organización general de la sociedad, su destino de adaptación a las exigencias de la justicia, etc.

La jurisprudencia es una actividad en la que se manifiestan los caracteres típicos del saber práctico sobre el derecho y en especial las implicaciones valorativas y prudenciales. El saber o conocimiento que predomina dentro del ámbito de esa actividad jurisprudencia es el conocimiento práctico problemático, es decir, el conocimiento adecuado a la solución de los problemas de la praxis jurídica.

Hermenéutica: arte de interpretar textos.

Panteísmo: Doctrina que afirma la identidad sustancial de Dios y el mundo, por la que las cosas del mundo son evolución de la sustancia universal única.

Teleología: Doctrina de las causas finales.

Epistemología: Tratado de los métodos y fundamentos del conocimiento científico.

Ontológica: Del ser en general y de sus propiedades más trascendentales.

Teleológica: De las causas finales.

Epistemología: Tratado de los métodos y fundamentos del conocimiento científico.