

INTRODUCCIÓN

Lo que va más allá del derecho tiene que ver con la justicia, ya que el derecho y la justicia no siempre son lo mismo, ya que la justicia no se aplica a todo. Una obra a cerca de esto es Este mundo de la justicia globalizada. Con esta obra se pretende demostrar que el derecho no son las leyes positivas, sino que son más elementos.

TEMA I

EL ACCESO AL DERECHO COMO FENÓMENO SOCIAL DESDE UNA PERSPECTIVA AXIOLÓGICA

El derecho siempre surge en un determinado lugar, en un contexto determinado por una serie de valores.

- El primer tema a tratar en este tema es:
- El fenómeno jurídico, dentro de esto, se estudian las peculiaridades del derecho
- La función organizativa del derecho.
- El segundo tema trata de la relación entre el derecho y la moral, en la que se estudia:
- Las relaciones sistemáticas
- También se hace una referencia histórica
- Los modelos de articulación de las relaciones entre derecho y moral
- Se tratan los principales criterios para distinguir entre el derecho y la moral, a su vez, los epígrafes dentro de este punto, son:
 - Distinto carácter de las conductas reguladas
 - Diversa estructura lógica de las respectivas normas
 - Modo de imponerse al sujeto
 - Relación de la coacción
 - Finalidad o función social
- Y también los problemas que se plantean en la actualidad, la relación entre el derecho y la moral
- Por ultimo la sociedad y la ética civil.

Objetivos del primer tema:

Lograr una valoración adecuada de algunos aspectos y circunstancias que condicionan el enfoque y desarrollo del propio conocimiento jurídico y que, consecuentemente, inciden también en la actividad de quienes intervienen en los procesos de creación, aplicación y explicación científica del derecho.

Tres temas para desarrollar en este tema:

- Polisemia del término derecho
- Lenguaje jurídico
- Dimensiones del fenómeno jurídico

TEMA I

EL FENÓMENO JURÍDICO

- Las peculiaridades del fenómeno jurídico

- El lenguaje jurídico
- Las dimensiones del fenómeno jurídico

1.2.0 Sentido funcional del derecho

- Dimensión fáctica
- Dimensión normativa
- Dimensión valorativa
- La función organizativa del derecho en la vida social

La polisemia del término derecho:

Una de las dificultades al estudiar el derecho es que la palabra derecho tiene una multiplicidad de sentidos y por eso se intenta clarificar esos sentidos. Los sentidos son básicamente 5:

- Cuando decimos voy a estudiar derecho, en esta expresión la palabra derecho significa carrera universitaria
- Esta carrera es un conjunto de conocimientos técnicos sobre la realidad jurídica y se le suele llamar la ciencia del derecho.
- Conjunto de principios, de reglas, de decisiones, de carácter jurídico que regulan la convivencia social, a esto se le llama ordenamiento jurídico o también el derecho desde una dimensión objetiva. Este conjunto de principios varía dependiendo de la sociedad.
- Significado cuando decimos yo tengo derecho a , se trata del derecho subjetivo, es la facultad que una persona tiene para presentar una demanda, etc.
- Cuando hablamos de derecho en relación a la justicia, cuando nos referimos que unos pocos tienen tanto y unos muchos muy poco, esto lo denominamos injusticia.

La palabra derecho tiene siempre una notable disparidad de significados y por eso se suele decir que es una palabra polisémica.

1.1 El lenguaje jurídico:

El derecho normalmente se caracteriza como norma jurídica que determina los intereses y las conductas de los ciudadanos, de aquí que los autores digan que el lenguaje jurídico tenga que ser muy claro y muy preciso. A pesar de esta claridad y precisión, hay palabras que en la vida cotidiana tienen un sentido distinto al jurídico. Por ello es importante que el lenguaje jurídico no lleve a confusiones, que sea claro. El lenguaje del derecho y el cotidiano tienen una distancia en su comprensión, que es muy clara, porque básicamente la función reglamentadora del derecho, dentro del sistema de relaciones sociales, busca eliminar la imprecisión de algunos términos del lenguaje cotidiano. Esto va a suponer que va a delimitar los términos del lenguaje cotidiano y que va a incorporar nuevos términos.

En conclusión, el lenguaje siempre es especializado y tecnificado y eso supone para todos nosotros un esfuerzo de adaptación.

• Las dimensiones del fenómeno jurídico:

Si yo digo que el derecho es una realidad peculiar, la pregunta es en qué consiste la

peculiaridad del derecho. El derecho tiene una serie de elementos materiales, físicos y también se dan una serie de elementos ideales (valores, etc), pero el derecho no se identifica con esos elementos. Aunque el derecho se recoge en elementos materiales, no se identifica solamente con esos elementos materiales. Todos los elementos materiales (códigos, loetas, pergaminos) contienen derecho pero no son derecho, pero tampoco el derecho se puede caracterizar con un determinado sistema de valores y principios éticos. Por tanto, lo que

caracteriza al derecho es que se trata de una realidad híbrida de materialidad (leyes, códigos, organismos) y de idealidad (valores, principios, ideales) que los seres humanos han creado y desarrollado para facilitar su convivencia social. Por tanto la peculiaridad del derecho radica en que se trata de un producto de la necesidad humana para poder vivir y para que exista una convivencia humana.

1.2.0 Sentido funcional del derecho:

El sentido propio o la orientación del derecho es la pretensión de hacer que todos los sujetos que interviene las relaciones sociales se comportan de una determinada manera y no de otra. Por tanto el derecho es un medio o técnica de organización social junto a otros mecanismos de eficacia normadora, como la moral, los principios de la ética, la religión, usos sociales (ejemplo: los militares y sus trajes). Junto al derecho hay otros elementos que determinan nuestro comportamiento, pero el derecho no se agota en su eficacia normadora y el derecho es básicamente una estructura compleja y pluridimensional en la que van a coexistir varios aspectos que son necesarios y cuando se habla del dato jurídico se recogen tres dimensiones:

- La fáctica
- La normativa
- La valorativa

Y por tanto el derecho es una realidad tridimensional y actúa al mismo tiempo como hecho, como norma y como valor. Las tres dimensiones siempre están vinculadas y unidas, las tres cosas se dan juntas, no se pueden separar.

• Dimensión fáctica:

Uno de los rasgos primarios del derecho es que se trata de la creatividad humana, si es resultado de la creatividad humana tendrá una finalidad, la satisfacción de las necesidades humanas y el desarrollo humano dentro de las relaciones sociales conflictivas.

Por tanto el derecho es un hecho social más de la realidad cultural y va a estar influenciado por factores económicos, ideológicos, políticos, técnicos, que hace un tipo de sociedad y de derecho. Esto hace que el derecho surja a una sociedad concreta.

• Dimensión normativa:

Ese peculiar hecho social tiene una característica que le distingue de los otros

hechos sociales, básicamente actúa en la vida social con la pretensión de implantar un ordenamiento sobre el sistema de relaciones, por eso el derecho se caracteriza siempre por reglamentar en una sociedad de una determinada manera y en un determinado sentido los comportamientos humanos.

El derecho se manifiesta, primordialmente, como norma, regla y directriz de conducta.

• Dimensión valorativa:

La propia dimensión normativa exige siempre la dimensión valorativa porque la

existencia de una norma jurídica se apoya siempre en una precedente selección valorativa de las conductas que deben ser cumplidas o evitadas. Es decir, cuando la norma jurídica impone una conducta sobre otra, implica que el sujeto que ha creado esa norma considera que esa conducta es más valiosa que las otras. Por tanto en el origen de toda norma hay un juicio de valor del legislador, que va a dar lugar a que esa ley adquiera legitimidad, es decir, la existencia del derecho positivo apunta siempre hacia la presencia más allá,

de ese derecho positivo, de unos criterios, los que dan al derecho su legitimación. Todo derecho, sistema de legalidad, deriva de un determinado sistema de intereses y valores, sistema de legitimidad e inversamente todo sistema de legitimidad intenta realizar a través de un determinado sistema de legalidad. Por ejemplo: orden y justicia. Todo derecho incorpora y realiza un determinado sistema de legitimidad.

Celso definía el derecho como el arte de lo bueno y lo justo *Ars boni et aequi*. Tras esta definición de Celso hay dos elementos:

- Que el derecho sería el arte de aplicar la justicia en la convivencia humana. En este sentido el derecho es dar a cada uno lo suyo
- El arte de aplicar la justicia según los principios de la equidad. Teniendo en cuenta siempre la persona y el caso concreto.

Esto evitaría que el derecho se aplique de una manera inflexible y rigorista y se viene a buscar siempre el equilibrio entre los dos elementos. Si no se aplicara este equilibrio podríamos llegar a la famosa frase de:

Summun ius summa iniuria el máximo derecho produce la máxima injusticia. Por tanto el derecho auténtico en cuanto a aplicación de la justicia tiene que evitar dos polos:

- La aplicación rigorista, mecánica e inflexible de las leyes.
- Tiene que evitar la arbitrariedad, el capricho o los intereses personales o grupales de quienes hacen las leyes o las aplican. Ese equilibrio es posible cuando junto a la justicia se tiene en cuenta la equidad. Por tanto la función primordial del derecho es la satisfacción mediante la ordenación reglada de las relaciones sociales de una serie de necesidades con que la vida humana se encuentra en su desarrollo dentro de la sociedad, siempre teniendo en cuenta una serie de valores y criterios.

A estas tres dimensiones de valores y criterios les corresponden tres ciencias:

- La ciencia del derecho que tiene en cuenta el derecho válido y a éste ámbito se le suele llamar la legitimidad legalizada.
- La sociología del derecho, que va a tratar sobre el derecho eficaz y se va a intentar buscar la legitimidad eficaz.
- La filosofía del derecho que va a tratar sobre el derecho legítimo o no y en este caso la filosofía del derecho va a buscar que esa legitimidad sea justa.

Por tanto los tres ámbitos siempre van a estar totalmente vinculadas y son dependientes unas de otras y eso implica que la dimensión fáctica tiene que tener en cuenta la estructura y sentido normativo y también está orientado hacia los valores éticos. Y por otra parte el derecho normativo y valor ético van a estar relacionadas con un código históricamente circunscrito.

Así el derecho sería la 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 unos determinados valores o principios éticos.

Las normas jurídicas son siempre un resultado contingente (no necesario). Por tanto esas normas son variables según los intereses sociales.

El derecho por tanto, de cada pueblo, viene determinado por el modo de ser de la sociedad en la que actúa. Y no obstante el orden social además del derecho se suele regir por las reglas del trato social y la moral social. Las reglas del trato social persiguen la correcta convivencia y no son necesarias moralmente, y tampoco son coercibles. Y la moral social, lo que persigue es el perfeccionamiento o la felicidad del sujeto humano, pero la moral tampoco es coercible. El derecho por tanto tiene como fines la justicia, el bien común y la seguridad

jurídica.

TEMA II

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

- Relaciones sistemáticas
- Breve referencia histórica
- Modelos de articulación de las relaciones entre derecho y moral
- Principales criterios para distinguir entre el derecho y la moral

4.1 Distinto carácter de las conductas regladas

- Diversa estructura lógica de las respectivas normas
- Modo de imponerse al sujeto
- Relación con la coacción
- Finalidad o función social
- Problemas que plantea en la actualidad la relación entre el derecho y la moral
- Sociedad y ética civil.

Hoy en día algunas teorías jurídicas defendidas por Bobbio, Har, Kelsen, defienden que el derecho y la moral son sistemas normativos diferentes.

En la cultura jurídica contemporánea, por otra parte existe una coincidencia que dice que el derecho y la moral son realidades normativas peculiares y distintas.

Para los autores la moral es el conjunto de reglas de comportamiento que define la actuación correcta en una determinada sociedad. Y el derecho sería el conjunto de reglas, normas de inexorable cumplimiento y que van a prescribir un orden. Las relaciones entre ética y derecho siempre son tensas.

1. Relaciones sistemáticas:

Hoy casi todos los autores van a decir que desde un análisis sistemático la distinción conceptual entre derecho y moral no implica la separación funcional de los mismos. Porque la conducta humana está regulada por las normas morales y las normas jurídicas. Aunque en nuestra sociedad tengamos normas jurídicas y morales la cuestión es la primacía, qué es más importante, lo jurídico o lo ético.

- Unidad de sistema moral
- Pluralidad de sistemas morales
- Unidad de sistema moral:

En ese caso no suele haber contradicciones entre derecho y moral, pero el hecho de no haber contradicciones no significa que hay una plena coincidencia entre derecho y moral. Es decir, el derecho no regula todo lo moral.

- Pluralidad de sistemas morales:

En este supuesto cuando se trata de convicciones morales en una sociedad, en ese caso habrá contradicciones entre moral y derecho. Pero siempre habrá un núcleo de convicciones morales básicos que son comúnmente aceptadas. Cuando hay una pluralidad de normas morales, cuando se tratan de convicciones morales vigentes en una sociedad que a veces son opuestas o están divididas entre unas morales y otras, en ese caso habrá contradicciones entre moral y derecho. Pero siempre habrá un núcleo de convicciones morales o principios

básicos que son comúnmente aceptados por los ciudadanos porque sin eso no sería posible la convivencia humana, ejemplo: respeto a la vida humana.

Pero habrá otras materias, otros aspectos en los que no habrá una coincidencia de valoración, ejemplo: la pena de muerte, el aborto, la eutanasia.

RELACIÓN ÉTICA – DERECHO

1. Relaciones sistemáticas:

Para el individuo el conflicto es qué obedecer, las leyes civiles o su propio criterio, esto le ocurrió por ejemplo a Sócrates.

A nivel social, la dificultad radica en que la sociedad tiene que optar ante el pluralismo moral, la solución suele ser:

- Que el derecho regule lo mínimo necesario y lo demás quede a la libertad del sujeto
- El derecho tiene que imponer una moral superior, esto supone que no respeten las otras éticas.

Este dilema no tiene fácil solución normalmente porque por una parte el derecho siempre tiene que estar al servicio del sujeto humano, pero por otra parte, también el derecho tiene que regular lo general para la convivencia humana. La solución de los autores es que normalmente el derecho tiene que estar al servicio de la autonomía moral del individuo, pero en caso de conflicto, tiene que primar las exigencias del respeto general a los ciudadanos, es decir, el respeto a los derechos fundamentales.

2. Referencia histórica:

Este punto nos hace ver cómo a largo del tiempo esta relación ética y derecho no ha sido clara. La distinción entre ambas comenzó fundamentalmente con los sistemas democráticos.

La distinción entre ética y derecho, históricamente, es una conquista bastante reciente. En los antiguos grupos humanos se daba una normatividad unitaria que se recibía de los Dioses, antepasados, etc. y se regulaba lo religioso, lo jurídico, lo ético, lo higiénico – sanitario, las reglas de urbanidad, etc. La distinción se va dando lentamente en la historia desde la separación entre el poder político y el poder religioso, cuando surge una conciencia crítica.

Pueblos primitivos:

En los pueblos primitivos existe claramente una normatividad unitaria donde se mezcla lo religioso, lo político, lo ético y lo jurídico y la conducta humana viene normada por los preceptos. Hay un ethos social común a todos.

En Grecia:

Empieza a vislumbrarse la distinción, en Grecia la política era una de las partes de la ética y la justicia se consideraba una virtud y entraba dentro de la ética. En este momento política y derecho están bajo la ética.

En los poemas homéricos se habla de un pueblo de pastores que están en constante guerra y para que exista la justicia, lo hacen a través de la Themis. Las Themis eran una normatividad sagrada, moral, política y jurídica, que se transmitía por oráculo de los Dioses a los reyes y la sociedad de pastores está regida por los Themidis que son mandatos o tabúes de la comunidad.

En un segundo momento, en una sociedad más agrícola se rigen por la Diké, que es un tipo de justicia. La Diké es una normatividad que no tiene tanto carácter sacral sino que es más racional, que pretende garantizar a los hombres la igualdad e imparcialidad de trato. Esto se da en el siglo VIII antes de Cristo.

En Roma:

Se va dando una distinción teórica pero en la práctica no es tal. En Roma la ética y el derecho son apéndices de los ritos sagrados para averiguar la voluntad de los Dioses. La voluntad de los Dioses era lo permitido, el fas, y lo no permitido era el nefas. Esto cambia y el fas se convierte en ius y el nefas en iniuria.

Pensamiento cristiano:

Distingue la moral y el derecho al destacar conducta del ser humano otro principio distinto que es la caridad y la caridad va más allá de la justicia para el pensamiento cristiano.

Edad Media:

Es cuando empieza la distinción entre ética y derecho. En este momento el derecho es un sector propio dentro de la normatividad moral, pero está sometido el derecho a la normatividad superior, a la ley natural, el derecho tiene sus propias normas pero está sometido.

La distinción viene en los siglos XVII y XVIII, básicamente con tres autores:

- Bufendorf
- Tomasio
- Kant

Que van a hacer la separación entre ética y derecho. El contexto que permite la distinción es el siguiente:

- Se eliminan las sociedades teocéntricas
- Existencia de distintas confesiones religiosas dentro de una unidad política
- Se rompe la unidad ética basada en la unidad filosófico – teológica.

Tomasio:

Nace en el año 1655 y muere en 1728. Dice que la búsqueda humana de la felicidad se ve apoyada por tres tipos de reglas:

- Decoro
- Honestidad
- La justicia

Para él las reglas de honestidad, la moral, tienden a procurar la paz interior, es decir, se ocupa del fuero interno de la persona. Estas reglas obligan en conciencia pero no son coactivas. Por el contrario las reglas de justicia tienden a procurar la paz externa, son coactivas y regula las relaciones con los demás, regulan la convivencia social. Por lo tanto, las normas morales se caracterizan por dos elementos, por nota de interioridad y la no coercibilidad y por el contrario, la justicia se caracteriza por la nota de exterior y también por la coercibilidad.

Para Tomasio la conducta humana va a quedar regulada por tres principios morales:

- El orden ético: haz serenamente para ti lo que quieras que los otros hagan ellos mismos. Este es el

axioma del orden ético.

- El orden político: haz con los demás lo que deseas que los demás hagan contigo.
- El orden jurídico: no hagas a los demás lo que no quieres que hagan contigo.

Kant:

Estos principios los asume y dice que las leyes morales se refieren siempre a la libertad interna, son autónomas y no pueden ser coactivas y el derecho busca la protección de la libertad en su manifestación externa, es heterónomo y coactivo. Al final todas las posturas de separación entre ética y derecho van a ser acentuadas por este autor, Fichte:

Va a decir que las normas jurídicas pueden considerar lícitas e incluso obligatorias conductas prohibidas por la moral. Esta es la corriente doctrinal que se va a defender en los siglos XIX y XX con el llamado positivismo jurídico.

3. Cuatro modelos de articulación de las relaciones entre el derecho y la moral:

A)SEPARACIÓN RADICAL:

Tesis:

Hay un primer momento llamado separación radical. El derecho y moral no tienen nada que ver, son dos líneas paralelas que no se cruzan. Tesis de diferentes autores:

- Kelsen (el autor más importante de todos): el derecho y la moral son dos órdenes normativos autónomos con una gran lógica propia, el derecho regula unos elementos y la ética otros.
- Regulan sectores de la conducta humana, diversos e independientes.
- No hay derecho que no sea positivo, solo existe el derecho positivo, va en contra del derecho natural.

Autores:

- Hans Kelsen, 1881 – 1973, es un jurista austríaco que va a defender que lo que busca con su teoría es responder a la pregunta qué es el derecho y cómo es. Pero no intenta responder a cómo deber ser el derecho. Por eso lo que para él es esencial es que el derecho, es fundamentalmente, un universo de normas válidas que organizan la aplicación de actos coactivos a determinadas conductas humanas. Para él lo fundamental es la validez de las normas jurídicas y no le importan nada la filosofía, ni la ética. Kelsen tiene dos afirmaciones básicas:
 - El derecho es una estructura jurídico – formal que se explica desde sí mismo. Por lo tanto el derecho es una estructura normativa autosuficiente.
 - La fuente del derecho es sólo el derecho mismo.
- John Austin, 1790 – 1859, para este autor, las normas jurídicas son imperativos – mandatos, emanados de un soberano, de un rey, y dirigidos a los súbditos en el seno de una sociedad política. El problema de esta teoría es:
 - ¿Por qué tengo que obedecer al derecho? Porque lo dice el derecho, o por lo sanción, es decir, cual es la fuerza vinculante del derecho.
 - ¿Cabe un derecho injusto? Puede ser que sí.

B) INTEGRACIÓN ABSOLUTA:

Contexto: revulsivo nazi:

¿Es derecho el derecho donde lo jurídico coincide con lo inmoral? Para estos autores el derecho nacional – socialista carece de naturaleza jurídica, no sólo no es un derecho injusto, sino que además no es derecho.

Otro elemento que va a posibilitar es contra el positivismo radical (Postura de Fichte).

Tesis:

- La moral desborda al derecho (dibujo) pero abarcándolo, no está separado del derecho.
- El derecho es un orden establecido para servir a la justicia, Gustav Radbruch (1878 – 1945) dice que el derecho natural es siempre un derecho superior a la ley, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas.
- No hay derecho que no sea justo, San Agustín. La ley positiva centraría al derecho natural no es ley, sino corrupción de ley, Santo Tomás.

Problemas:

- Se vuelve al ius naturalismo estricto, el derecho natural sin tener en cuenta al derecho positivo.
- El riesgo de concepciones cerradas metafísicas de la justicia. Significa que este tipo de teorías tienen el peligro de negar la condición de derecho a las legislaciones históricas que no se ajustan a un tipo de justicia y eso supone a un tipo de valores.

C) SEPARACIÓN RELATIVA:

Tesis:

- Ni lo jurídico es en sí moral, ni lo moral es en sí jurídico, por lo que hay que separar conceptualmente moral y derecho.
- Debe haber un control moral del derecho, por eso la moral está encima del derecho, solo desde principios morales estrictos.
- Ese mínimo ético es criterio legitimador último del derecho.

Autores:

- Herber Hart dice que tiene que haber un contenido mínimo del derecho natural que va a regular el derecho positivo y ese contenido mínimo estaría constituido por un conjunto de verdaderas obvias que son los rasgos antropológicos que definen la naturaleza de los seres humanos:

Rasgos:

- La vulnerabilidad
- La igualdad aproximada
- La limitación de su altruismo
- La capacidad intelectual
- La fuerza de voluntad

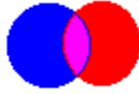
Para Hart, hay un derecho natural universal que es el derecho de todos a ser libres. Hart defiende que hay influencias entre la ética y el derecho, pero conceptualmente no se tiene que dar una conexión necesaria entre el derecho y la moral.

- Lon Fuleer va a decir que hay un conjunto de componentes morales que son de tal naturaleza que si el sistema jurídico los ignora, entonces corre peligro de perder su propia identidad como sistema jurídico.

Problemas:

- Que nos digan claramente los autores cuál es la separación conceptual porque en el fondo hay una relación entre ética y derecho.

D) LA INTEGRACIÓN RELATIVA:



Hay un grado de integración entre el derecho y las moral.

Tesis:

- Hay que definir el derecho en término de dos tipos, en términos normativos y también en términos descriptivos, elementos más de tipo ético, los principios.
- Una autonomía e independencia existente entre el derecho y la moral, pero en determinados aspectos se da una coincidencia entre ellos.
- El derecho son normas y principios que prescriben derechos. Los principios son las justicia y la imparcialidad y estos principios fundamentan moralmente el orden jurídico. Estos principios se suelen definir como enunciado jurídico – morales que están ligados a convicciones compartidas y que expresan los derecho básicos de los ciudadanos (derecho fundamentales) y además dan coherencia y plenitud al sistema de normas.

Autor:

Esta es la teoría de Ronald Dworkin.

Problemas:

- ¿Cuáles son esos principios? Se tienen que precisar los principios.
- Hasta qué punto esos principios son universales.

Este autor critica las corrientes positivistas y utilitaristas y quiere construir una teoría general del derecho que no excluye ni el racionamiento moral ni el racionamiento filosófico.

Fundamentalmente dice que en la jurisprudencia de los tribunales, en los casos difíciles, se suele mezclar lo jurídico y lo ético.

En conclusión, con los 4 modelos podemos decir que existe hoy en día dentro de esta variedad de posturas un consenso afirmando que la ética no se puede dejar fuera del derecho. Por tanto la postura de Kelsen no se puede defender según la mayoría de los autores y en la práctica es irrealizable.

En definitiva, la ética es fuente de legitimación e inspiración para el derecho para que el derecho, que es derecho, sea justo y además merezca ser obedecido porque es justo.

Otro elemento de la realidad, la sociedad tiene que atender a las demandas éticas, el derecho también para las normas constitucionales tiene que ser normas jurídicas, pero siempre el derecho tiene que ser derecho. Por otra parte, el derecho no puede desatender esas tendencias éticas de la sociedad, tiene que recoger un mínimo de ética. Todos los sistemas jurídicos deben ser justos y eso porque tanto el derecho como la ética se ayudan mutuamente, se establecen claras ventajas para ambos. Ventajas:

- El derecho puede compensar determinadas posibilidades de la moral

- Ofrecer medios coercitivos para aquellos preceptos morales, aquellos principios que tocan los derechos inviolables de la persona (no matar)
- El derecho puede compensar al ofrecer criterios y vía de decisión institucionalizado.
- La ética de la justicia puede legitimar al derecho desde un ámbito muy importante.
- En el sentido de justificar moralmente la obediencia al igual y desalentar su desobediencia. Uno obedece al derecho por miedo a sus consecuencias y si además el derecho es legítimo y justo más. La moral legitima siempre al derecho en el ámbito de la obediencia.

4. Criterios de distinción entre el derecho y la moral:

después de haber visto la conexión que existe entre la ética y el derecho vamos a señalar las diferencias:

4.1 DISTINTO CARÁCTER DE LAS CONDUCTAS REGULADAS:

Esto se refiere a que el derecho y la moral, evidentemente, se diferencian por la distinta materia regulada, es decir, la moral regula las conductas internas y el derecho regula las conductas externas. Esto no es totalmente correcto porque:

- La moral suele regular y por tanto afecta a todo el comportamiento humano.
- El derecho tiene en consideración aspectos como las intenciones, los sentimientos, los planes (internos).

Por tanto es verdad que la moral toca lo interno y el derecho lo externo, pero podemos concluir que la moral regula absolutamente todo el comportamiento humano. Pero desde un punto de vista de interioridad o de la intencionalidad. Y el derecho se preocupa fundamentalmente de las implicaciones externas de la conducta porque busca garantizar la paz y la seguridad de la vida social, pero también tiene en cuenta aspectos internos.

4.2 LA DIVERSA ESTRUCTURA LÓGICA DE LAS RESPECTIVAS NORMAS:

- Las normas morales son subjetivas y unilaterales
- Las normas jurídicas son objetivas y bilaterales.
- Las normas morales son subjetivas y unilaterales:

Son subjetivas porque se refieren al sujeto en sí mismo, es decir, la moral va a regular la conducta en referencia a su propio interés y eso conlleva que no tiene en cuenta el comportamiento del otro. Y es unilateral porque frente al sujeto a quien obliga no hay otra persona legitimada para exigirle el cumplimiento de ese deber.

- Las normas jurídicas son objetivas y bilaterales:

El derecho es objetivo en cuanto que regula la conducta relacional de los seres humanos y valora esa conducta en referencia de la vida social, por eso es importante siempre que el derecho establezca normas precisas, delimitadas y bien estructuradas. En cuanto a la bilateralidad, las normas jurídicas suelen asignar al mismo tiempo la obligación de un sujeto y la pretensión de otro.

4.3 EL MODO DE IMPONERSE AL SUJETO (AUTONOMÍA Y HETERONOMÍA)

Normalmente el derecho se impone de una manera heterónoma, lo impone otro y la moral es autónoma, se la impone una misma persona.

La moral es constitutivamente autónoma. El sujeto normalmente, para obrar moralmente, según Kant tiene que actuar según el principio de la razón práctica universal, es decir, la máxima de su conducta es válida para todos los seres racionales.

El sujeto, cuando se somete a la ley moral lo hace por la coincidencia de ésta con la dimensión inteligible de sí mismo, es decir, ¿por qué obedezco a una ética? Porque hay una coincidencia con esa ley y con mi intelecto. Así se somete a su propia ley, es decir, a la ley de la racionalidad, de la que él mismo es legislador en cuanto a ser racional.

El derecho por el contrario es heterónomo, es decir, cuando el sujeto se somete a las normas del derecho no lo hace por la coincidencia de estas normas con su racionalidad, sin más bien por motivaciones externas y por eso los autores dicen que cuando yo obedezco al derecho no soy legislador de mí mismo. Pero también hay que considerar otro elemento, algunos autores dicen que la moral y el derecho son paralelamente heterónomos, entonces, ¿cuál es la diferencia al imponer al sujeto? Las normas morales se constituyen como normas morales para el sujeto a través del asentimiento reconocimiento, es decir, una norma general me obliga en la medida que el sujeto la reconoce la virtualidad de obligar, esa norma obliga y tiene sentido. Por el contrario, las normas jurídicas se constituyen en tales para el individuo independiente del asentimiento y reconocimiento que éste les da.

4.4 DISTINTA RELACIÓN CON LA COACCIÓN:

Las normas morales, en general, se caracterizan porque establecen una serie de obligaciones cuyo cumplimiento es incompatible con una realización forzada, mientras en el derecho, la posibilidad de que el cumplimiento sea impuesto es algo consustancial para el mismo derecho.

Frente a la natural coercibilidad del derecho se destaca normalmente como aspecto diferenciador la también natural no coercibilidad de la moral. Las sanciones y coacciones pueden acompañar a la moral, pero no van ni pueden estar implicadas en la estructura de la misma moral, por el contrario, en el derecho el recurso a esa imposición forzada parte de la estructura misma del derecho.

Criterios de distinción:

- Distinción carácter de las conductas reguladas
- Diversa estructura lógica de las respectivas normas
- Modo de imponerse al sujeto
- Relación con la coacción
- Finalidad o función social

e) Finalidad o función social del derecho y la moral:

Hay una serie de autores que dicen que la diferencia fundamental de esa distinción radica en la finalidad del derecho y la moral.

- ¿Por qué las normas morales dan más importancia a la intencionalidad y menos a las actuaciones?
- ¿Por qué el derecho tiene en cuenta los elementos de la convivencia social y no tanto lo que hace el sujeto en su conciencia?
- ¿Por qué la moral no tiene valor mientras uno no lo acepta y por qué se obedece al derecho? Porque sino se recibe una sanción
- ¿Por qué el derecho tiene que ser coercible y la moral no?
- La respuesta es que la finalidad del derecho es muy distinta de la finalidad de la moral.

El derecho tiene como finalidad el mantenimiento y el adecuado desarrollo de la vida social y la moral tiene la finalidad de la consecución de la perfección o plenitud vital del individuo, ya sea en el logro de su felicidad humana, ya sea en el aseguramiento de su buen destino eterno según se trata de un vínculo de códigos morales vinculados a la religión o no.

Esto supone que de cara a regular el comportamiento humano, el derecho y la moral tienen distintas perspectivas, porque el derecho mira las acciones humanas desde el aspecto social y no tiene moralmente en cuenta la intencionalidad y la disposición de ánimo del sujeto. Por el contrario en la moral sí se tiene en cuenta la intencionalidad y disposición de ánimo.

Otra distinción que se da desde la finalidad es el distinto modo de operar, el derecho suele además de exigir unos deberes conceder una serie de derechos, pero en la moral solo existen obligaciones con respecto a la moral. Éstas serían las distinciones fundamentales entre el derecho y la moral. El cuadro de diferencias es el siguiente:

	MORAL	DERECHO
Intención	Si	No
Estructura lógica	Subjetiva y unilateral	Objetiva y bilateral
Imposición al sujeto	Autonomía	Heteronomía
Coacción	Interna	Externa
Positivización	No concienical	Sí
Institucionalización	Débil	Total
Ámbito de aplicación	Global	Daños a terceros
Función social	Consecución de la plenitud vital del individuo	Mantenimiento y desarrollo de la vida social

5. Problemas que plantea en la actualidad la relación entre derecho y moral

Hoy en la sociedad actual se ha dado claramente una desaparición de la unidad religiosa y la unidad ética que antes daba un sistema unitario. Esta ha supuesto que el derecho sea amoral, es decir, que el derecho es neutral con respecto a los distintos códigos éticos particulares.

Hoy la mayoría de los autores defienden la separación natural entre ética y derecho, pero también algunos opinan que hay una vinculación moral del derecho.

- El derecho siempre tiene que estar al servicio de la dignidad humana
- El derecho no puede ser derecho cuando no ordena correctamente la vida, cuando no es suficientemente justo.

Otro problema que se plantea es que cuando se da un conflicto entre el derecho y las convicciones éticas particulares.

6. Sociedad y ética:

6.1 Supuestos de la ética civil

6.1.1 Sociedad pluralista

6.1.2 Separación privado y público

- Naturaleza, contenido y función de la ética civil
- Naturaleza y dinámica de las éticas de máximos

6.1 SUPUESTOS DE LA ÉTICA CIVIL:

La ética civil son esos mínimos que regulan la convivencia social frente a unos máximos.

6.1.1 SOCIEDAD PLURALISTA:

Tres razones a favor del pluralismo:

- Es el ambiente más adecuado para que la libertad pueda expresarse, se respetan los mínimos
- Es el modo más propicio de búsqueda de la verdad, porque se necesita no sólo un punto de vista, sino desde varios objetivos, la verdad la buscamos entre todos.
- Es el marco adecuado para reconocer la igualdad entre grupos ideológicos y etnoidentitarios, todos tienen las mismas opciones.

Este pluralismo se ha generalizado como pluralismo religioso, moral y cultural, debido a la movilidad a nivel mundial.

La ética civil supone un reto al pluralismo para la diversidad no degenera en caos o en puro relativismo.

6.1.2 SEPARACIÓN ENTRE PRIVADO Y PÚBLICO:

En los ámbitos tradicionales esta división no existía, había un etos, pero en la sociedad moderna, se divide lo privado y lo público. Es también la distinción entre hombre y ciudadano, distinguiendo el ámbito privado (creencias, vida familiar y proyectos personales) y el ámbito público se normas jurídicas y políticas de obligado cumplimiento. El hombre sería en lo privado y el ciudadano sería en el ámbito público, un individuo dentro de una sociedad.

Ambigüedades de la división:

- Al estar reducido a lo privado la relación hombre y mujer, puede plantearse una dominación masculina, porque el hombre se ha situado en lo público (lo dominante) y la mujer en lo privado, por eso se da una dominación masculina.
- La iniciativa personal de propios proyectos tiende a desarraigarnos de los grupos de pertenencia que nos podían quitar algo de libertad, pero que nos den cobijo e identidad.
- Esta división se llevó a cabo sin tener en cuenta las situaciones de las personas, por ejemplo, la persona pobre sólo se dedica a sobrevivir, mientras que alguien que reside en un lugar rico no se centra sólo en sobrevivir por lo que sus proyectos pueden ser más caprichosos.

El pluralismo como valor sólo será tal si está contrapesado por la solidaridad, si no excusa para el individuo posesivo.

- ¿Se puede decir que las convicciones de uno no tienen repercusiones públicas? Suelen ser de carácter privado pero no sólo se queda en la esfera privada, sino las convicciones de cada uno también pueden tener repercusiones públicas.

6.2 NATURALEZA, CONTENIDO Y FUNCIÓN DE LA ÉTICA CIVIL:

Ética civil, conjunto de valores morales compartidos por los miembros de una sociedad que les permite construir su convivencia juntos y organizar distintas esferas políticas y sociales.

Entre todos construimos una ética pero con ideas coherentes, racionales, que se respetan. Se pasa de la sociedad privada porque la ética civil tiende a abrirse aceptando nuevas situaciones.

Dentro de la sociedad se exigen unos mínimos de la moral que ya vienen exigidos desde hace tiempo. La ética

civil son unos mínimos que se identifican con la vertiente ética de los derecho humanos. La ética civil surge de una sociedad laica, la ética civil no está regida por aspectos religiosos, pero no los ignora, intenta un equilibrio.

Las tres funciones de la ética son:

- unificar colectivos con diferentes éticas de máximos en torno a un núcleo que permita la convivencia y desde el que todos pueden participar en la vida pública. La ética civil se crea a partir de la unidad colectiva total. Un ejemplo de ética de máximos sería: la fidelidad, la renuncia, el ascetismo, la pasión, el deseo libre, etc. Una ética de mínimos sería, por ejemplo, no violentar las reacciones sexuales (violación), es decir, no violentar la voluntad de otra persona.

De la ética de máximos hay que distinguir los mínimos, de todos los máximos se extraen unos mínimos.

- Las instituciones comunes sólo estarán legitimadas si se apoyan en la ética civil y también legitiman algunos modelos, legitima las instituciones y son obedecidas porque son justas.
- Critica los principios de ética de máximos que no están de acuerdo con las éticas de mínimos, que están recogidas en los derecho humanos.

6.3 NATURALEZA Y DINÁMICA DE LAS ÉTICAS DE MÁXIMOS:

- Las éticas de máximos son referencia de sentido más pleno para las vivencias éticas de personas y grupos.
- Estas éticas deben dejarse criticar e interpelar por las exigencias de la ética civil
- Estas éticas de máximos pueden alimentar la ética civil. La ética civil surge en la historia por una serie de principios, pero no es algo teórico cerrado, sino que está abierto a un proceso.
- Relaciones entre ética de máximos: ninguna puede imponerse a través del poder coactivo. Hay que avanzar hacia la tolerancia de interpelación a través de las argumentaciones convincentes y de los testimonios. Los tres momentos de la tolerancia son:
- Tolerancia en versión negativa, no influye en absoluto lo que dice la otra persona a actuar y pensar de manera diferente. Nos da igual lo que nos digan los demás, porque no les prestamos atención.
- Tolerancia de interpelación, establecer argumentos y diálogos con dos claves, que los argumentos sean convincentes y el testimonio de la persona, actuar de acuerdo a un testimonio.
- Tolerancia empática, entrar en diálogo con unos argumentos pudiendo cambiar y buscando la verdad.

PARTE II

EL CONCEPTO DE DERECHO NATURAL

- La idea de naturaleza y de derecho natural.
- Los conceptos del término naturaleza
- Concepciones cosmológicas:
 - ◊ Organicista
 - ◊ Mecanicista
 - ◊ Historicista
- ◆ Concepción metafísica clásica
- Naturaleza humana y derecho natural

Hoy en día casi todos los autores dicen que el derecho es una realidad multiforme, tiene diversas connotaciones, porque tiene distintas ramas, el derecho siempre tiene un calificativo y también existe el calificativo natural y este adjetivo, según algunos autores, se identifica con el genitivo de la naturaleza, derecho de la naturaleza.

1. Los conceptos del término naturaleza:

filosóficamente es uno de los términos que más significados e interpretaciones tiene. Algunos significados como:

- ◆ La contraposición de naturaleza con sobrenaturaleza. Aquí la naturaleza significa que en la producción de los hechos no hay factores extrahumanos.
- ◆ La contraposición de cultura con naturaleza (Rosseau). Aquí lo natural sería lo espontáneo o primario, pero la cultura tendría un proceso de elaboración
- ◆ La contraposición espíritu y naturaleza. Lo natural sería lo material, lo espiritual sería un concepto más amplio.
- ◆ La contraposición de la libertad y lo natural. El término natural se refiere a lo necesario, lo casual, pero la libertad es todo lo que hace referencia a lo contingente, a lo no necesario.
- ◆ La contraposición entre extraño y natural
- ◆ La contraposición entre artificial y natural, lo natural supone que esa cosa existe más allá de la transformación realizada por el ser humano.

A nosotros nos interesa una visión más filosófica de la naturaleza, por eso, los autores filosóficos han distinguido dos definiciones, una que tiene que ver con las concepciones cosmológicas y otra que se refiere a la concepción metafísica clásica.

• CONCEPCIONES COSMOLÓGICAS:

La natural se define como el conjunto de todo los seres corpóreos y ¿cómo se relaciona este conjunto de seres corpóreos? Hay tres teorías para responder:

- ◆ La concepción organicista
- ◆ La concepción mecanicista
- ◆ La concepción historicista

La concepción organicista:

El cosmos o la naturaleza es un gran organismo, pero este gran organismo está animado por un principio intrínseco al que se le debe la regularidad con que se producen los fenómenos naturales. Hablamos de autores como los Presocráticos, los estoicos y Plotino. Estos autores son del mundo griego y determinan que el logos era el principio racional que actúa desde las cosas como una ley y hace que el mundo sea un cosmos armónico y coherente.

La concepción mecanicista:

Aquí el cosmos es un organismo, es algo inerte y si en sus manifestaciones hay una regularidad esto no se debe a algo intrínseco o insito, sino que se debe a algo que actúa desde fuera, este algo exterior son las leyes procedentes de la razón divina, que es trascendente a la naturaleza por cuanto que Dios es creador de esta naturaleza. Detrás de estas teoría están todos los autores cultivadores de las ciencias naturales del renacimiento, Galileo, Kopernico, Keppler, Da Vinci.

La concepción historicista:

Defiende que el cosmos es una realidad sujeta a evolución. Autores como Darwin y Kant apoyan esta teoría. Dicen que frente al fixismo imperante hasta el siglo XIX, que afirmaba que sólo los seres vivos evolucionaban, a partir de Darwin se dice que no solo los seres vivos, sino también los seres inertes, está afectados por el movimiento evolutivo.

• CONCEPCIÓN METAFÍSICA CLÁSICA:

Aristóteles dice que la naturaleza es el modo de ser de cada ente en particular, es decir, un ser es lo que es y no otra cosa (principio de contradicción), porque posee una determinada naturaleza que es por tanto lo que le tipifica y le constituye a ese ser. Esta naturaleza del ser es a la vez lo que determina las operaciones propias de ese ser, es decir, la fuente de su actividad específica. De ahí que Aristóteles defienda que los seres de la misma especie realicen una actividad idéntica, supuestas las mismas condiciones. Por tanto, la naturaleza tiene dos elementos:

- ◆ Es el principio constitutivo del ser
- ◆ Es al mismo tiempo el principio de la génesis del ser, de la forma de comportarse.

Santo Tomás de Aquino sigue la misma corriente que Aristóteles y considera la naturaleza en un doble aspecto que es estático y dinámico.

- ◆ El elemento estático sería la esencia de cada ser
- ◆ El elemento dinámico, es esa misma esencia en cuanto principio operativo, operación del propio ser.

2. Naturaleza humana y derecho natural:

Según la concepción metafísica, cada ser tendrá su propia naturaleza y por eso podemos hablar de la naturaleza humana como el modo de ser propio del ser humano, y esa naturaleza está representada por dos características esenciales, que son:

- ◆ La racionalidad
- ◆ La socialidad

Esta naturaleza que es racional y social, es lo que le tipifica y constituye al ser humano, y le distingue de los otros seres y además es fuente y origen de los movimientos que le son propios al ser humano.

Entonces, el derecho natural es el ordenamiento que brota y se funda en esa naturaleza humana, no debiendo su origen, por tanto, a la voluntad normativa de ninguna autoridad como ocurre en el derecho positivo. Si definimos así el derecho natural, esto tiene unas consecuencias, que si se afirma la existencia del derecho natural, tiene que admitirse que el derecho positivo debe atenerse en sus prescripciones y mandatos a los del derecho natural, porque un ordenamiento jurídico cualquiera, que quebrantase los mandatos o prohibiciones del derecho natural estaría violentando las tendencias de la naturaleza humana.

En definitiva, el adjetivo natural, según un autor llamado Giorgio del Vecchio, tiene tres elementos:

- ◆ El adjetivo natural elimina y excluye todo elemento sobrenatural, es decir, que el hombre conoce el derecho natural a través de su razón.
- ◆ Decir natural, es afirmar que el derecho está por encima de toda intervención del hombre.
- ◆ Ese adjetivo natural hace referencia a la esencia del sujeto de ese derecho, el hombre, y concluye diciendo que el derecho natural es el que fundamenta en la naturaleza humana.

Contradicción sobre el concepto de naturaleza:

La naturaleza se considera algo espontáneo, pero otra definición dice que las leyes de la naturaleza determinan los fenómenos naturales, por lo que tienen cierta regularidad no es del todo espontáneo.

Hoy en día hay muchos autores que dicen que el derecho natural no tiene fuerza, pero se están escribiendo muchos libros a cerca del derecho natural. Un autor se pronuncia a cerca del derecho natural.

Críticas u objeciones al derecho natural:

Destacan dos autores, X. Dijon y Norberto Bobbio:

Norberto dice que el derecho natural ni es derecho ni es natural, por las siguientes razones:

- *El Derecho natural no es un derecho con el mismo título que el derecho positivo porque carece del atributo de la eficacia.*

El derecho natural no es eficaz porque no es coercitivo, no impone sanciones.

- *El Derecho natural no llega a alcanzar el objetivo que corresponde a los sistemas jurídicos positivos porque no garantiza ni la paz ni la seguridad.*

El derecho natural no consigue la paz ni seguridad porque no tiene efectivos.

- *El derecho positivo ha ido extendiéndose poco a poco por todos los campos que antes se atribuían al Derecho natural.*

El derecho natural ha sido invadido por el derecho positivo, lo que antes pertenecía al derecho natural, ahora es del derecho positivo.

- *La noción de "naturaleza" es de tal modo equívoca que se han llegado a considerar como igualmente naturales derechos diametralmente opuestos.*

El término natural tiene muchas interpretaciones, no es igual en distintos sitios, y puede llegar a ser contrario.

- *Incluso si fuese unánime el acuerdo sobre lo que es natural, de ello no cabría derivar un acuerdo unánime sobre lo que es justo o injusto*

Incluso si se determinase qué es natural, no se determinaría el término justicia en distintos lugares.

- *Incluso si hubiera sido unánime el acuerdo sobre lo que es justo por el hecho de ser natural, de ello no se derivaría la validez de este acuerdo para*

"el momento actual.

El derecho natural cambia, lo que era justo en épocas pasadas no tiene porque ser justo en la actualidad.

Objeciones de Dijon:

- *El derecho natural procede de la filosofía y en tal sentido, no interesa su trabajo. Inefectividad.*

El derecho natural procede de la filosofía y por eso no es muy efectivo.

- *Existe un aparato administrativo y judicial para aplicar las leyes positivas, no se ve qué fuerzas quieren poner el derecho pensado por los iunaturalistas. Inutilidad.*

El derecho positivo tiene órganos que los respaldan, pero el derecho natural no, por lo que no se puede aplicar, así que es inútil.

- *El derecho natural pertenece a las viejas representaciones del orden social, de la antigüedad o del*

Antiguo Régimen, y por lo tanto su puesta en valor hoy denota un comportamiento reaccionario. Retrógrado.

El derecho natural tenía fundamentación en siglos pasados, pero en la actualidad el derecho natural no tiene ningún sentido.

- *El derecho natural representa una concepción del derecho entre otras, la cual por esta razón no puede imponer su pretensión a la verdad sin poner gravemente en cuestión el necesario debate inherente a nuestras democracias. Antidemocrático.*

El derecho natural no se puede imponer, pero si partimos del supuesto de derecho natural, según la definición el derecho natural se impone sobre los demás derechos. El derecho natural entraría en diálogo pero no se puede imponer al derecho positivo.

- *Las referencias a la naturaleza se dispersan en tantas direcciones opuestas – desde la ley de la selva hasta el estado paradisíaco – que un derecho natural único parece imposible. Enigmático de crecimiento.*

El término natural es muy equívoco por lo que hablar de derecho natural es polivalente.

TEMA IV

I.V DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

- Monismo y dualismo jurídico
- Vinculación de la ley positiva a la ley natural
- Subordinación del derecho positivo al derecho natural
- El problema de las leyes justas e injustas

3. Derecho natural como ideología: las nociones de legalidad y legitimidad

Objetivo:

Comprender la relación existente entre el derecho natural y el derecho positivo.

1. Monismo y dualismo jurídico:

en toda sociedad siempre hay un ordenamiento jurídico, el problema que se suele plantear es qué tipo de ordenamiento se tiene que dar en una sociedad, y hay dos posturas, la monista y la dualista. La postura monista defiende que sólo existe el derecho positivo, por lo tanto, los autores que la defienden dicen que sólo existe el derecho que proviene de un legislador, que surge de su voluntad.

La postura dualista va a afirmar que lo jurídico no se agota en el derecho positivo y por tanto existe otro ordenamiento que es el derecho natural.

La postura monista suele defender con claridad la negación del derecho fundamental y la razón fundamental de los autores es que se daría una duplicación inútil de ordenamientos jurídicos. La crítica a esto reside en que en este caso el ordenamiento jurídico no se refiere al mismo tiempo y con el mismo contenido sobre la actividad humana, es decir, el derecho natural es una regulación de carácter abstracto, de tipo general, mientras que las normas del derecho positivo se manifiestan de manera concreta, por lo tanto, la tesis dualista defiende que las relaciones humanas se regulan por el derecho natural, pero este derecho natural se expresa en normas de tipo abstracto que son difícilmente

aplicables a los casos concretos, particulares, específicos, que la vida presenta y por tanto falta otro ordenamiento, el derecho positivo, capaz de ajustarse a esos supuestos concretos.

En conclusión, la postura monista defiende con claridad la existencia de un solo ordenamiento jurídico, negando la existencia del derecho natural. Por el contrario, la postura dualista defiende que se puede dar la coexistencia de ambos ordenamientos (derecho natural y positivo) y afirma que junto al derecho natural es necesario el derecho positivo, porque el derecho positivo es necesario para regular los casos concretos.

2. Vinculación de la ley positiva a la ley natural:

Si afirmamos que existan estos dos ordenamientos la pregunta es ¿quién está subordinado a quién? Y en la postura dualista, el derecho natural es un derecho que se impone al derecho positivo.

a) Subordinación del derecho positivo al derecho natural:

Esta subordinación es fundamentalmente doble:

◆ La subordinación ontológica:

Una primera suele ser la subordinación ontológica. Es una subordinación en lo más fundamental, dicen que las leyes humanas incorporan la justicia de la ley natural para aplicarla a las relaciones concretas de la convivencia social. Pero toda su fuerza la reciben, las leyes humanas, de esa referencia a la ley natural, de tal modo que un precepto positivo que la contradiga, podrá tener la apariencia externa de ley, pero no lo será realmente por carecer de la esencia de ley. Esta postura la defiende Santo Tomás, cabe destacar su siguiente cita:

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 ley.

Algunos comentarios sobre la subordinación ontológica:

La sumisión de la ley humana a la ley natural no significa nunca que la ley humana a positiva tenga que ser una mera transcripción de la ley natural, la ley humana no recoge ni recogerá en plenitud el tema de la justicia natural porque se expresa siempre en términos abstractos, y sin embargo la ley humana se refiere a términos concretos.

En ningún momento en lo que dice Santo Tomás se puede ver la exigencia absoluta que las leyes humanas reflejan en modo absoluto la justicia de la ley natural. Lo que dice Santo Tomás es que la ley positiva no se puede separa de la ley natural, eso no significa que lo tenga que reflejar.

◆ Límite a la labor del legislador:

La ley natural es límite a la labor del legislador y a la vez también es garantía para los ciudadanos, es decir, el legislador siempre tiene que tener en cuenta los intereses de la comunidad, pero su libertad a la hora de determinar una serie de preceptos tiene que desenvolverse en los márgenes de las normas de derecho natural.

b) El problema de las leyes justas / injustas:

Cuando un legislador al dictar las normas positivas se inspira en la ley natural, la justicia de ésta se transmitirá en las leyes positivas. Y por tanto son leyes justas. También puede ocurrir que las normas positivas contradigan o se aparten de las leyes naturales y en ese supuesto estamos hablando de leyes injustas, ahora bien, ¿se puede decir que existan leyes injustas? ¿puede una ley ser injusta y seguir

siendo ley? Podría ser en la práctica, pero teóricamente no sería ley. Cita San Agustín no hay ley que no sea justa San Agustín dice que cuando una ley es injusta, no es ley. Para estos autores cuando se dice esta expresión ley justa es un pleonismo (algo que no se necesita añadir porque es obvio nieve blanca) y que ley injusta es una contradicción.

Estas expresiones de la doctrina clásica no se pueden aceptar de manera tajante porque decir que la ley injusta no es ley, equivale a negar la existencia del derecho positivo, por tanto, la crítica que se le hace a esta postura es doble:

- ◆ Nunca se puede incorporar a la norma jurídica de manera plena el ideal de justicia, ejemplo, una obra de arte no refleja de forma plena el ideal de belleza.
- ◆ La aplicación de las normas a los casos concretos jamás podrá ser perfecta porque dada la generalidad de las normas y por otra parte, dada la particularidad amplia de los casos concretos. El tema que se plantea es qué tenemos que hacer nosotros ante una ley injusta, respetarla, no respetarla, las consecuencias de respetarla y las de no respetarla. Ejemplos de estos son:

Sócrates, sobre el 470 a.C se le acusa por negar a los Dioses y de que se movía en el mundo de la brujería. Estas acusaciones eran falsas, pero Sócrates acepta estas leyes injustas para no provocar el desorden social.

Otro ejemplo es el de Santo Tomás, que no acepta que existan leyes injustas, dicen que no son propiamente leyes pero matiza que cuando esas leyes injustas atentan contra un bien humano (bien inmueble por ejemplo) en ese caso hay que obedecer esas leyes injustas y la razón es porque eso puede provocar desorden social. Pero él también tiene otra hipótesis, cuando esas leyes injustas atacan a un bien divino, en ese caso el sujeto tiene la posibilidad de no respetar ni seguir esas leyes injustas. Esta es la teoría de la resistencia frente al poder injusto que se va a desarrollar en los siglos XVII y XVIII y va a dar lugar al derecho a la resistencia. Derecho a la resistencia de los ciudadanos frente al poder tiránico que quiere imponer una serie de leyes injustas. La resistencia puede ser activa o pasiva. Ejemplo de esto, es que una resistencia pasiva sería la de Gandhi y una resistencia activa sería la guerra.

Esta teoría, aunque es fácil de entender, en la práctica tiene dificultades, porque si nos dejamos llevar por la teoría socrática (pasividad frente a las leyes injustas), eso puede llevar a la actuación despótica del poder, pero también si cabe la posibilidad y siempre resistimos frente al poder injusto, va a llevar al debilitamiento del poder del Estado, lo que criticaba Sócrates, y en su extremo a la anarquía.

En conclusión, cabe una pregunta, ¿quién determina qué ley es justa o injusta, y en virtud de qué criterios? Cuando la injusticia es notoria no tiene problemas, pero cuando no está claro es cuando se crean los problemas. Los que determinan si una ley es justa o injusta es el Estado, el poder.

3. Derecho natural como ideología: las nociones de legalidad y legitimidad:

El derecho natural no sólo es un orden normativo, sino que también es una ideología, y este hecho es hoy en día la postura que más adeptos tiene. Que el derecho natural sea una ideología, significa que el derecho natural va a ser un modelo inspirador y ejemplar, que sirva como contraste para dos cosas:

- ◆ Enjuiciar y valorar los actos del ser humano.
- ◆ Y sobre todo, para valorar y enjuiciar la acción política del poder. Esto significa que la justicia o injusticia de las leyes positivas, como los actos de Gobierno, viene determinados por la conformidad o no conformidad con el derecho natural.

Esta tesis iusnaturalista sirve como criterio discriminador de lo justo y lo injusto, esto surge en los siglos XVII y XVIII, cuando se empieza a hablar de los derechos naturales propios del ser humano por

el derecho de ser sujeto humano. Por eso el derecho natural ha sido revolucionario en el sentido de que ha sido una resistencia a los abusos de poder.

Desde aquí se puede hablar de la legalidad y legitimidad. La legalidad es que un acto está conforme con la normatividad vigente. En la legalidad no entra el elemento valorativo (justo / injusto), pero ese elemento valorativo se recoge en la legitimidad. En la legitimidad sí se tiene en cuanto lo justo y lo injusto, la ley legítima sería la conformidad del comportamiento con las normas superiores del derecho natural.

Un acto de poder puede ser totalmente legal pero puede ser totalmente injusto si va en contra de los preceptos del derecho natural. Y al contrario, un acto puede ser totalmente legítimo pero puede ser ilegal. Toda esta teoría en la práctica no es fácil de aplicar porque los políticos normalmente cuando defienden una postura legal, la fundamentan siempre en valores y lo mismo cuando defienden una revolución, se fundamentan también en una serie de leyes, dice que es legítimo y además legal.

EL TEMA 5 MÁS ADELANTE

PARTE III: LOS DERECHO HUMANOS

Tema VI: Los derecho humanos en perspectiva histórica

Artículo: Fernández Gómez Isa Los derechos humanos en perspectiva histórica

Libro: La declaración universal de los derecho humanos

Los derechos humanos han sido considerados la vertiente ética de la humanidad.

1. Surgimiento de la idea de los derecho humanos:

La idea de los derecho humanos se institucionaliza, fundamentalmente, tras la revolución francesa. Detrás de la idea de los derechos humanos hay dos ideas:

- La dignidad inherente de todo ser humano, los derecho humanos van a defender siempre la dignidad de todos nosotros.
- El establecimiento de límites al poder de los Gobiernos, los derecho humanos ante un poder abusivo se van a enfrentar.

Estas dos ideas han estado siempre presentes a lo largo de la historia. XVII siglos antes de Cristo, en el código Hammurabi, se decía:

El rey de Babilonia ha venido a hacer brillar la justicia para impedir que el poderoso oprima a los débiles.

Estas dos ideas se desarrollan también en la Grecia Clásica, y Roma, y en esta última sobre todo, por la doctrina Estoica y los sofistas, destacando Cicerón. Esto en la teoría es simple, pero en la práctica no se daba por dos elementos, por la esclavitud y por la situación de la mujer. Lo mismo ocurre en la Edad Media, en la que también se defienden estas ideas, pero en la práctica la sociedad de la Edad Media era puramente estamental. En esa época hay un autor, Santo Tomás que empieza desde el derecho natural a defender los derechos humanos, pero donde más se desarrolla esta corriente es en la escuela española de derecho internacional. En ese momento juristas, teólogos, defienden la igualdad, entre estos autores tenemos a Diego de Cobarrubies y Domingo de Soto, pero destaca Fray Bartolomé de las Casas, que éste último defiende, al llegar a la India, en ese momento los indios eran

considerados no iguales porque los indios no tenían alma, y por tanto no eran iguales que los demás, los conquistadores defendían esto. Por lo que hay una dicotomía entre Ginés de Sepúlveda y Fray Bartolomé de las Casas, respecto a ese tema, por eso éste último va a ser muy criticado, porque la esclavitud era beneficiosa para los conquistadores.

Pero donde se da el gran salto es en la revolución francesa, 1789, que se empieza a hablar de los derecho humanos, y estas ideas pasan también al ámbito español en la constitución de Cádiz de 1812, donde se gestan estas ideas. Dos elementos importantes de la revolución francesa serían:

- Los derecho humanos que surgen en ese momento tienen una concepción de tipo liberal, individualista. Defienden la seguridad, la propiedad y la libertad.
- La fundamentación de los derechos ya no es de tipo teológico, sino que es de tipo racional.
- **DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:**

Los derechos civiles y políticos son los llamados derecho de primera generación, estos derechos son:

- ◆ La libertad de expresión
- ◆ La libertad de voto
- ◆ La libertad de conciencia
- ◆ La libertad de asociación
- ◆ Etc.

En este caso el Estado no tiene que intervenir en este tipo de derecho humanos de primera generación, y por eso se suelen llamar también estos derecho, libertades negativas, son propios de un Estado liberal. (*Laissez faire, laissez passer*).

- **DERECHOS ECONÓMICOS Y CULTURALES:**

Llamados derecho de segunda generación. Surgen principalmente a finales del siglo XIV y principios del siglo XX. En este momento histórico tenemos el surgimiento de los partidos socialistas y el auge del movimiento obrero que, posibilitan la creación de estos derechos de segunda generación.

Hay una diferencia entre estos derechos, en los derecho civiles el Estado no tiene que intervenir, pero en estos derechos el Estado sí que tiene que participar.

- **INDIVISIBILIDAD E INTERDEPENDENCIA DEL CONJUNTO DE ESTOS DERECHO HUMANOS:**

Estos derecho humanos, tanto de primera como de segunda generación, están íntimamente relacionados. Esto se ve en diversos momentos históricos:

- ◆ En la primera conferencia internacional de los derechos humanos de 1968
- ◆ En una resolución, la 32/130 de la asamblea general de las naciones unidas del año 1977
- ◆ La conferencia de Viena en 1993, en cuya declaración final se usan las siguientes palabras:

Todos los derecho humanos son universales, indivisibles e interdependientes, y están relacionados entre sí.

2. La internacionalidad de los derecho humanos:

Hay que tener en cuenta la Segunda Guerra Mundial, después de ésta y vistos los horrores causados, para que los países dicen que en los derecho humanos tiene que intervenir toda la comunidad internacional, un organismo que va a tener un papel importante es la O.N.U.

2.1 LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS:

históricamente tras la Segunda Guerra Mundial, hay una carta de las Naciones Unidas y algunos países quieren introducir todos los derechos humanos en la Carta, y otros países quieren que introduzcan únicamente una base genérica, estos países eran Francia e Inglaterra por el tema de las Colonias. A otro país que no le interesa es a EE.UU., por el problema de la discriminación racial, así como tampoco le interesaba a la URSS.

En la carta de las Naciones Unidas tenemos respecto a los derechos humanos, lo siguiente:

En la parte programática sí se reconocen los derechos humanos y se habla de ellos, después hay dos artículos 55 y 56, donde se habla de estos derechos humanos. Concretamente sólo hay una obligación jurídica vinculante a respetar de los derechos humanos, el problema es su afirmación genérica. Por eso en 1946 se va a crear la comisión de los derechos humanos y es este órgano el que va a realizar los derechos humanos.

- **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:**

Momento importante a tener en cuenta por una razón, las cosas no ocurren de manera espontánea, en este momento, en 1948 para que se dé la declaración de los derechos humanos, se da el conflicto entre el Este y el Oeste. A los países del bloque socialista les interesan los derechos de segunda generación porque la ideología marxista defiende el ámbito social. Y hay otro tema muy importante, la soberanía estatal, que para estos partidos significa que ellos no deseaban que en el tema de los derechos humanos la comunidad internacional intervenga.

Los países del bloque oeste defienden por una parte la ideología liberal y los derechos de primera generación y además defienden la posibilidad de intervención de la comunidad internacional en los derechos humanos.

Un tema importante es que al final, los derechos humanos se han positivizado mucho y no han ido a lo esencial, siendo que éstos están al servicio de la dignidad humana, pero a medida que se han ido internacionalizando han importado más las ideologías y la política.

En la votación final, en 1948, no hubo ningún voto en contra, hubo 8 abstenciones, siendo éstas de países del este, etc. Todos los países dicen que sí.

Estos derechos humanos lo que han hecho positivamente es darnos una concepción global de los derechos humanos, es decir, el punto 1.3. Los derechos que aparecen en la declaración universal de los derechos humanos, son la mayoría de primera generación.

- **LOS PACTOS INTERNACIONALES (1966):**

El problema es que esta declaración, en principio, para los Estados era una recomendación, así que pretendieron hacer algo que los vinculase, surgiendo así los pactos internacionales de 1966, y ocurre lo mismo ocurrido en 1948, y en vez de aprobarse sólo un documento, surgen dos documentos. Los pactos internacionales de derechos civiles y culturales, que entran en vigor 10 años después. En la actualidad, además de la declaración universal y los pactos tenemos una serie de convenciones contra el genocidio, otra convención sobre la eliminación de formas de discriminación, otra convención en contra de la tortura, etc. hay otra convención sobre el estatuto de refugiados, otra sobre todas las formas de eliminación de discriminación de la mujer, derechos de los niños, crímenes de guerra, etc.

3. La aparición de los derechos de tercera generación:

Estos surgen a finales de los años 60 y principios de los años 70 y son:

- ◆ Derecho a la paz
- ◆ Derecho al medioambiente
- ◆ Derecho al desarrollo
- ◆ Derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad

Estos derechos son de una lista no cerrada y para que éstos surjan ha habido dos factores:

- El proceso descolonizador. Estos derechos surgen tras la colonización, porque los derechos de primera y segunda generación no agotan todos los derechos.
- La globalización existente en el mundo de hoy. Significa que hay que tomar medidas a nivel de la comunidad internacional. Lo positivo de esto es:
 - ◆ La globalización ha posibilitado el conocimiento de los derechos humanos a nivel internacional
 - ◆ Se va dando, poco a poco, en todo el mundo, lo que se llama la jurisdicción universal, que es que cuando se violan los derechos humanos, la comunidad internacional los puede condenar, no sólo el país, un ejemplo de esto es Pinochet. Posibilita también que las nuevas tecnologías se puedan usar para la promoción de los derechos humanos.
 - ◆ Estos derechos se conocen también como derechos de solidaridad.

Objeciones a estos derechos:

- ◆ La proliferación de nuevos derechos humanos puede debilitar los ya existentes. Ante esta objeción otros contestan: que no existe tal riesgo de debilitamiento, porque éstos son un prerequisite para la existencia y requisitos de los derechos humanos.
- ◆ Si hablamos de derechos de tercera generación, esto puede llevar a pensar que las otras dos generaciones están obsoletas. Así Karal Vasak dice que los derechos de tercera generación son derechos síntesis.
- ◆ Se puede reivindicar los derechos de tercera generación y con eso violar los derechos civiles y políticos. Ejemplo: poner como excusa la paz violando derechos fundamentales, otro ejemplo es, que el derecho al medioambiente puede limitar el derecho al trabajo.
- ◆ Los derechos de tercera generación, exceptuando el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la Humanidad, no están reconocidos por el derecho.

Estos derechos están en un proceso de creación *status nascendi*, esto no significa que no deben ser apoyados, sino que deben ser reconocidos.

4. La conferencia de Viena de 1993:

En esta conferencia se trataron tres temas:

- ◆ La universalidad de los derechos humanos
- ◆Cuál es la relación que existe entre democracia, derechos humanos y desarrollo.
- ◆Cuál es el papel de las ONG's en la promoción de los derechos humanos.
- ◆ La universalidad de los derechos humanos:

En este tema hay dos corrientes:

- Unos que defienden con claridad que los derechos humanos son universales y tiene que ser respetados en todos los países. Postura de los países occidentales.
- Corriente del relativismo cultural:

Los derechos humanos son diferentes por culturas, países, etc. Postura de los países islamista y del tercer mundo.

Estos países tienen miedo al colonialismo con los derechos humanos, porque han surgido en Occidente, y por qué estos derechos son los más importantes. La respuesta de la Conferencia de Viena fue bastante ambigua porque dice:

Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes, pero debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades de los lugares, pero teniendo los Estados de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades individuales.

La solución de Fernández Gómez Isa es el diálogo intercultural, que podamos llegar al consenso.

♦ **Cuál es la relación que existe entre democracia, derechos humanos y desarrollo:**

Donde se pueden dar los derechos humanos es en los países democráticos y además tiene que darse un mínimo desarrollo en esos países. Aparece también lo que se llama el derecho al desarrollo.

♦ **Cuál es el papel de las ONG's en la promoción de los derechos humanos:**

Las ONG's tienen y han tenido un papel principal y decisivo en la promoción de los derechos humanos.

5. Restos actuales de los derechos humanos:

- ♦ El establecimiento de una concepción amplia y omnicomprensiva de los derechos humanos.
- ♦ El logro de una verdadera concepción universal de los derechos humanos
- ♦ La influencia de la globalización en los derechos humanos
- ♦ La mejora de los mecanismos de protección de los derechos humanos tanto en la esfera nacional como internacional.

TEMA VII

EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Concepto y terminología:

Los derechos fundamentales son los derechos de los que es titular un ser humano que no se da de forma graciosa por los derechos positivos, sino que corresponden a todo ser humano por el mero hecho de ser humano. Por tanto estos derechos son poseídos por todos los seres humanos, cualquiera que sea su edad, condición raza, religión, etc. Están siempre por encima de toda circunstancia discriminatoria. Un tema importante es que algún autor defiende que en el ejercicio de estos derechos, nunca pueden estar cohibidos por el poder, sino que el poder tiene que reconocerlos y garantizarlos. El autor que defiende esta teoría es Castán.

Por lo tanto, la nomenclatura usada para estos derechos son: derechos humanos, derechos del hombre, derechos de la persona humana. La crítica que se hace a esto es que el titular de derechos es siempre la persona, por lo tanto, en el fondo es una redundancia.

Otra terminología es derecho naturales y aquí se alude a que el fundamento último de estos

derechos es la naturaleza humana. También se llaman derechos fundamentales, porque tocan las dimensiones básicas del ser humano. Así como que también reciben el nombre de libertades fundamentales, pero la nomenclatura más usada en la de derecho humanos o derecho fundamentales.

2. Los derechos fundamentales como defensa de las libertades:

Lo que se plantea es cuál es la finalidad de los derechos fundamentales. La finalidad es la libertad fundamental de las personas.

Los derechos positivos normalmente se ejercen entre particulares, pero en los derechos fundamentales, normalmente, se ejercitan frente al Estado u otros entes de carácter público. Esto se hace cuando una persona se siente atacada entre el Estado en sus libertades fundamentales por el poder del Estado. Por tanto, siempre el ejercicio de los derechos fundamentales es un acto de defensa frente intromisiones del poder en la esfera de las libertades del individuo. Esto es importante, porque todo poder busca su expansión.

Estos derechos fundamentales a lo largo de la historia, siempre han tenido una especie de algo de polémica, porque ha sido una lucha de todos los seres humanos para conquistar sus libertades, frente al poder, e históricamente conseguir el reconocimiento de estos derechos fundamentales y lograr que los Estados garanticen estos derechos fundamentales, no ha sido nunca una tarea fácil. Hay mucho por recorrer. Además de eso la lentitud que se da en el proceso de afirmación de estos derechos tiene la contrapartida, que cuando se ha conseguido algo en el tema de los derechos humanos, es irreversible.

3. Quién es el sujeto de los derechos fundamentales:

En el siglo XVIII surge la teoría de los derechos humanos, en ese momento se plantea que el sujeto de los derechos fundamentales es la persona, en cuanto a ente individual. En el siglo XIX como la teoría y la filosofía que se defiende es la liberal – individualista, aquí también el sujeto de los derechos fundamentales es la persona. En el siglo XX y XXI, empieza a decirse que no sólo la persona es sujeto de derecho, sino también los entes supraindividuales. El profesor Castán en el tema 10 hace una clasificación de los derechos fundamentales:

- ◆ Derechos de la persona humana
- ◆ Comunidades menores, dentro de éstas, especialmente la familia.
- ◆ Derecho de los Estados, en el esfera interna e internacional.

¿Cuando hay un conflicto entre un derecho fundamental individual y un derecho fundamental de tipo colectivo, qué es lo que tiene que primar? Normalmente en casos generales, el bien común sobre el bien particular.

4. Características:

Son cuatro más uno que no es:

- ◆ Imprescriptibles, no prescriben con el transcurso del tiempo.
- ◆ Son inalienables, no son transferibles a otro titular
- ◆ Irrenunciables, un sujeto no puede renunciar a esos derechos, pero el derecho de que no puede renunciar significa que el sujeto siempre los ejercita.
- ◆ Son universales, es decir, son poseídos por todos los seres humanos, y la fundamentación es que hay una igualdad básica entre todos los seres humanos. Esta igualdad jurídica aparece

en:

- ◊ En la declaración de Virginia de 1776
- ◊ La declaración de independencia de los Estados Unidos
- ◊ La declaración francesa de 1789
- ◊ La declaración universal de los derechos humanos.
- ◊ ESTE NO!! ¿Absolutos?, conexión con el tema 9, los límites. Los derechos fundamentales NO son absolutos. En el siglo XVIII, cuando surgen los derechos fundamentales, son considerados absolutos, un autor, Locke, dice que cualquier restricción a los derechos humanos va contra natura. ¿por qué en el siglo XVIII son absolutos? Porque pasamos de regímenes totalitarios a regímenes constitucionales, y lo que se subraya en estos regímenes es la libertad. Y como estamos al origen de unos derechos, se le da el máximo valor, es decir, se les considera absolutos. Esto aparece en dos declaraciones:
 - En la declaración de derechos del buen pueblo de Virginia en 1776. En esta declaración, en el punto 12 dice 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 francesa, y en su artículo 4 dice que 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 aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

Lo que dicen los dos textos es que estos derechos fundamentales no tienen límites y por tanto son absolutos, en la medida en que no les alcanzan las limitaciones legales. Esta es la doctrina del siglo XVIII.

En la doctrina actual se reconoce que los derechos fundamentales tienen límites, los derechos de los demás, el orden moral, el orden público y el bien común. Sin embargo hay algunos autores, como R. Cassin, que afirman que algunos derechos fundamentales no tendrían límites y entre ellos estaría la libertad de conciencia y el derecho a la vida digna. Messner también reconoce que la libertad de conciencia no tendría límites.

Sin embargo hoy se afirma con claridad que los derechos fundamentales son limitados. Otra cuestión sería que por el carácter de ciertos derechos, no pueden ser limitados de una manera eficaz en su ejercicio, pero NO son absolutos.

TEMA VIII

FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

- ◊ Doctrina legalista
- ◊ Doctrina iusnaturalista

La pregunta es cuál es la fundamentación de los derechos fundamentales. Hay dos teorías, la legalista, que dice que el fundamento de estos derechos está en la ley positiva, sin embargo, la iusnaturalista defiende que el fundamento último de estos derechos está en los derechos naturales, en una ley suprapositiva, más allá del derecho positivo.

Hoy día en la sociedad hay un reconocimiento universal de los derechos

fundamentales, la pregunta es: teniendo en cuenta esto, ¿por qué existe hoy un acuerdo tan unánime sobre los derechos fundamentales, que son derechos por encima de los derechos subjetivos y positivos, en qué se apoyan los derechos fundamentales, qué los justifica? Y con respecto a esto, Bobbio que se sitúa en la teoría marxista, dice que la justificación de los derechos fundamentales no tendría sentido, lo más importante sería que fueran eficaces, pero también es verdad que es importante justificarlos.

◊ Doctrina legalista:

El fundamento de los derechos humanos es la ley positiva, en la medida en que esta ley acoja, reconozca y garantice esos derechos institucional y constitucionalmente. Un ley fundamental en la medida que no está reconocida y garantizada por el Estado no tiene entidad de derecho, sino que sería un valor. Esta postura es defendida por Peces Barba y él dice: que los derechos fundamentales se completan con su recepción en el derecho positivo. Y él dice tres puntos importantes para que los derechos fundamentales alcancen su plenitud:

- Cuando una norma jurídica positiva los reconoce, norma de tipo constitucional o ley ordinaria.
- De tal norma se deriva un conjunto de facultades o derechos subjetivos
- Los titulares de esos derechos pueden contar para la protección de tales derechos con el aparato coactivo del Estado.

Una crítica a esta postura desde la doctrina iusnaturalista:

Si los derechos humanos no son derechos en un ordenamiento que no los reconozca, cómo se puede justificar una revolución, es decir, en la hipótesis de un Estado totalitario, nunca se van a reconocer derechos fundamentales y cómo va a defenderse el sujeto ante el Estado despótico.

Otra diferencia es la vigencia o efectividad de estos derechos fundamentales, es decir, para que sean eficaces estos derechos deben ser reconocidos por unos tribunales, por el derecho constitucional, etc. esto es cierto, pero también lo es que si este orden jurídico natural se deja sólo en manos del poder político, esto supone un gran peligro en cuanto que el Estado se puede convertir en un formidable Leviatán.

◊ Doctrina iusnaturalista:

El fundamento de los derechos fundamentales sería la ley suprapositiva que tiene carácter universal y yo puedo alegar en toda circunstancia, lugar y tiempo.

La justificación de esta teoría según Fernández Galiano, parte de una pregunta ¿qué es el derecho? Estos autores dicen que el derecho es una situación de privilegio o ventaja de un sujeto con respecto a otro. En la convivencia social, esa situación de privilegio – ventaja, no se puede dar por una posición de carácter unilateral, sino que tiene que estar regulado por un ordenamiento jurídico, y de ahí que los derechos humanos tienen que fundarse en una norma. Esto significa que hay una doble posibilidad:

- Que esa norma en la que se fundamentan los derechos fundamentales sea la ley positiva.
- Que esa norma sea el derecho natural, un ordenamiento distinto del

procedente de un legislador. En este sentido Battaglia dice: la afirmación de que existen algunos derechos esenciales del hombre no se puede separar nunca del reconocimiento previo y necesita de un derecho natural. En un doble sentido, natural en cuanto distinto del positivo, y a su vez, preliminar y fundamental respecto a éste.

Históricamente cuando surgen los derechos humanos, en el siglo XVIII, nadie dudaba que los derechos humanos brotaban del derecho natural, así en la declaración de los derechos del pueblo de Virginia se dice que los hombres tienen ciertos derechos innatos. Pero un texto más cercano al pacto internacional de los derechos económicos y sociales, dice que los derechos fundamentales se desprenden de la dignidad de la persona humana. En la constitución española de 1978, se dice en su artículo 10: la dignidad de la persona, los derechos inviolables, que son inherentes (por derecho natural). Por tanto, la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos afirma que estos derechos no son creación de las normas positivas y existe previamente el reconocimiento que estas normas positivas le pueden conceder, aunque se duda de su eficacia.

Pérez Nuño, dice que la diferencia entre Fernández Galiano, que trata de la teoría de los derechos humanos, y Peces Barba, que trata de la teoría de los derechos fundamentales, es una diferencia de concepto. El concepto es que cuando ellos hablan de derechos humanos, uno usa el término derecho fundamental y el otro derecho humano. La diferencia es que derechos fundamentales, son los derechos naturales positivados, en el ámbito interno de Estado, pero los derechos humanos serían los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales. Así como aquellas exigencias básicas, relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad, de las personas, que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo todavía.

Galiano se refiere a derechos humanos, que son esos valores con fundamentación suprapositiva, pero deben ser reconocidos, garantizados y regulados por el derecho positivo, por el contrario, Peces Barba, usa el término derechos fundamentales, son derechos humanos reconocidos en un Estado y por la ley positiva.

TEMA IX

LÍMITES Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

◊ Los límites intrínsecos

◊ Límites extrínsecos

- **Derechos de los demás**
- **Orden moral**
- **Orden público**
- **Bien común**
- **Determinación de los límites**
 - **Suspensión del ejercicio**
 - **Garantía y tutela de los derechos humanos**

Para todos los derechos fundamentales hay una limitación genérica, que significa que todos los derechos suelen ser proyecciones del sujeto, que se insertan en su personalidad y como todo sujeto es limitado, en cuanto a seres limitados, los derechos fundamentales también son limitados porque son proyecciones del sujeto.

1. Límites intrínsecos:

Todos los derechos fundamentales son derivados de la propia naturaleza del sujeto humano y en cuanto tales, normalmente, tienen todos una finalidad. El límite intrínseco supone que todo derecho fundamental protege un determinado valor, pero ese derecho fundamental en su principio tiene una finalidad concreta, y por eso no puede ir más allá de esa finalidad, sino sería abuso del derecho. Un ejemplo de esto: yo desde mi libertad religiosa no puedo defender el derecho a la asociación, es otra finalidad distinta.

2. Límites extrínsecos:

Estos límites se refieren a estados democráticos, no se pueden usar estos límites en un estado totalitario.

◊ Derechos de los demás:

El derecho de los demás se refiere a que toda sociedad tiene un derecho, el hombre se sitúa siempre con respecto a los demás y esto significa que mi derecho fundamental se verá limitado por el derecho del otro y viceversa. Un ejemplo de esto es el derecho a la libertad de expresión, está limitado por el derecho al honor y a la intimidad.

◊ Orden moral:

No se refiere a una moral concreta, ni religiosa, sino se trata de la moral social. La moral sería todas esas convicciones éticas compartidas por una sociedad, que pueda ser por ejemplo la ética de mínimos. Esa moral social cambia según las circunstancias, tiempos y las personas. Ejemplos de esto:

- Desde el derecho de la asociación yo no puedo crear una sociedad que tenga como finalidad la corrupción de menores porque el orden moral o la moral social no me lo permiten.
- Desde la libertad religiosa, en un país, se puede determinar que la religión pida sacrificios humanos, pero la moral social no lo va a permitir.

◊ Orden público:

El orden público sería el puro orden callejero, definición clásica, o dicho con otras palabras, según Recaséns, sería la ausencia de perturbaciones materiales, tales como, alborotos, algaradas (una gran vocería por gente), motines, sediciones (un alzamiento colectivo contra la autoridad), en suma, ausencia de desorden.

Para que se dé el orden público son necesarios unos factores para conseguir la convivencia, que son:

- El respeto a la legalidad
- La delimitación de las esferas del poder
- La seguridad jurídica

Otra definición del orden público sería la siguiente:

Conjunto de condiciones de la convivencia social que hacen posible que los individuos y los grupos puedan alcanzar y desarrollar sus fines peculiares en un ambiente de seguridad y paz social.

Uno de los peligros del orden público es el llamado transpersonalismo, que significa que lo colectivo prima sobre lo individual, pero con límites, y por otra parte hay que indicar que para que se pueda usar el orden público como límites a un derecho fundamental, se tiene que dar una serie de condiciones que son:

- El país debe ser democrático
- Los límites de los derechos fundamentales por motivos del orden público tienen que ser definidos por ley
- La competencia de las autoridades administrativas y especialmente de las encargadas de la seguridad y la policía, está muy bien acotado y limitado por las leyes.
- Para justificarse una medida de policía que limite un derecho fundamental por razones de orden público tiene que ser:
- Necesaria, nunca tiene que ser caprichosa
- Eficaz, que realmente evite el desorden
- Razonable, adecuado y proporcionado al desorden.

◊ Bien común:

Toda una serie de condiciones, circunstancias, realidades fácticas, que hacen posible que una sociedad se vaya desarrollando, por eso cuando hablamos de bien común próspero en una sociedad, los actores se refieren a una serie de circunstancias concretas que son:

- Una buena administración de justicia
- Una adecuada red de transporte
- Suficiente asistencia sanitaria
- Un eficaz sistema educativo
- Una organización cultural bien dotada

Por tanto el bien común se suele definir como el conjunto de condiciones sociales que permiten a los ciudadanos el desarrollo pleno de su personalidad, (Juan XXIII). Uno de los inconvenientes del bien común es el transpersonalismo con más razón que en el orden público, porque el bien común tiene que estar siempre al servicio de la persona y para que se dé el bien común, Peces – Barba anota una serie de exigencias necesarias para que el bien común sea un límite al derecho fundamental:

- Que todos participen en él
- Que haya igualdad proporcional en esa participación
- Que se dé una superioridad del bien común sobre los bienes individuales
- Que este concepto de bien común se extienda a todas las parcelas,

bienes tanto materiales, como culturales, sociales y políticos.

3. Determinación de límites:

Hay tres hipótesis:

- En los países no democráticos, el hecho de los límites puede suponer que el poder estatal tenga toda la fuerza.
- En el supuesto de países democráticos cabe que si las leyes no son demasiados estrictas a la hora de determinar los límites, en ese caso el poder del Estado está debilitado y puede degenerar en una anarquía.
- En un país también democrático puede ocurrir que el ordenamiento jurídico se exceda en el señalamiento de los límites, perjudicando la libertad de los ciudadanos y esto dará lugar a una tiranía.

¿Quién determina los límites? ¿quién fija en una situación concreta de abuso del bien común los límites? Quienes los determinan son los jueces, que van a intentar determinar un Estado, pero en la determinación de esos límites los jueces se refieren siempre a casos concretos, por lo que hay un pequeño peligro, que es que para un caso determinado, igual en todos los Estados, las sentencias van a ser totalmente distintas sobre un mismo tema. Por eso lo ideal es que en la Constitución esté recogido algún tipo de objetivación, así en el artículo 20 de nuestra constitución, trata del derecho de pensamiento, etc. pero que estos derechos estarían limitados por el derecho al honor, intimidad, etc. El problema es que son afirmaciones demasiado generales, por lo que los límites son fijados por los jueces.

♦ Suspensión del ejercicio:

La hipótesis que determina que la suspensión tenga lugar, es cuando hay una alteración grave de la convivencia social que viene recogido por la Constitución. En este supuesto se le da al poder estatal una mayor fuerza, pero también hay que decir que cuando se da esta suspensión, también tiene que haber una serie de precauciones o cautelas:

- No se pueden suspender todos los derechos fundamentales (derecho a la vida e integridad física), no se puede hacer diferenciación, no se justifica la esclavitud (igualdad)
- La suspensión tiene que ser siempre temporal y en el plazo mínimo de tiempo se tiene que instaurar la normalidad
- Las causas que pueden justificar esta suspensión tiene que ser aprobadas por ley y deben ser claras y concretas, sin que haya ninguna posibilidad de interpretación equívoca.
- Las acciones que la autoridad realice duran esa suspensión, pueden estar sometidas al control judicial o parlamentario.

4. Garantía y tutela de los derechos humanos:

Un tema esencial para que los derechos tengan consistencia. Hoy día todas las constituciones reconocen y plasman en la constitución los

derechos fundamentales pero además se suele exigir al Estado que garantice el ejercicio de esos derechos fundamentales. Peces – Barba dice que esto es una paradoja porque para enfrentarme al Estado me he servido del mismo para que garantice los derechos fundamentales.

Hay autores que dicen ¿qué hay que con lo enemigos de la libertad? ¿hay que concedérselos? Sobre este tema hay dos corrientes, Recaséns dice que hay que prohibir y reprimir a toda costa que ningún individuo o grupo use sus libertades y derechos fundamentales para destruir las libertades y derechos del hombre. La postura de Peces – Barba dice que si es así se dejaría un arma incontrolable en manos del poder político.,

Los sistemas de garantía para defenderse son:

- El Tribunal Constitucional. El recurso de amparo, aunque en el artículo 53.2 de la constitución también prevé que se pueda acudir a los tribunales ordinarios.
- El Tribunal Europeo de derecho del hombre. Ante este tribunal puede acudir un ciudadano que pertenezca a uno de los Estados firmantes de la convención, puede quejarse frente a su Estado cuando considera que se le han vulnerado sus derechos fundamentales.
- El defensor del pueblo. Es una instancia no judicial, no tiene un poder ejecutivo, se dedica más que nada a la investigación.

LECCIÓN X

LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

(también en el artículo)

- Por el contenido
- Por su ámbito de aplicación
- Por razón del sujeto
- Por razón de la forma de su ejercicio
- Los nuevos derechos fundamentales

Así en el quinto punto SOLO estamos hablando de derecho de primera y segunda generación. La tesis del autor es la siguiente:

- La primera determinación del autor es que la libertad es indivisible
- Todos los derechos no son sino facetas de la libertad fundamental del individuo
- Existe un derecho radical, que es el derecho a ser considerado persona humana con una dignidad y esto implica una serie de derecho y obligaciones.

1. Por el contenido:

La clasificación clásica es la que hemos visto nosotros (derechos de primera y segunda generación), pero recogiendo lo que dice la conferencia de Viena, estos derecho están completamente

interrelacionados y no se pueden separar. Algunas divisiones serían:

- La división de González Campos
- La división de Sánchez de la Torre
- La división de Castán Tobañes
- La división de Peces – Barba
 - ◆ Derecho personalísimo (derecho a la vida, integridad física y psíquica, etc.)
 - ◆ Derechos económico – sociales y culturales, derecho a la huelga, seguridad social, al trabajo, al ocio, etc.
 - ◆ Derecho de sociedad, comunicación y participación (libertad de circulación, etc.)
 - ◆ Derechos cívico – políticos (derecho a no ser detenido, etc)

2. Por su ámbito de aplicación:

Hay dos tipos:

- ◆ Derechos fundamentales estatales o nacionales recogidos en derechos constitucionales
- ◆ Derechos fundamentales internacionales

3. Por razón del sujeto:

El sujeto de los derechos fundamentales no sólo es la persona, también son las comunidades menores como la familia, los Estados en la esfera interna e internacional.

4. Por razón de la forma de su ejercicio:

- ◆ Derechos de autonomía (libertades civiles)
- ◆ Derechos de participación (derechos políticos)
- ◆ Derechos de crédito o exigencia de comportamiento por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales)

5. Los nuevos derechos fundamentales:

Son los nuevos derecho de tercera generación o solidaridad.

Moral

Derecho

Moral

Derecho

Zona de encuentro

Moral

Derecho