

DERECHO NATURAL

TEMA I

EL DERECHO NATURAL

1.EL DERECHO NATURAL CIENCIA Y EL OBJETO DERECHO NATURAL

- Vamos a cuestionar la diferencia entre ciencia y el objeto que estudia esa ciencia.
- Lugar del Derecho Natural, estudia algo esa ciencia.
- El término Derecho aparece en muchas más denominaciones.
- Aún refiriendonos a D° Nat. Si lo analizamos no siempre se ha llamado de la misma manera.
- Que función tiene el termino D°– está en acotar, delimitar o por el contrario está en generalizar.
- Constatar la diferencia entre D° Nat. Y las otras ciencias que también se llaman D°.

Todo ello lo hacemos para saber que es el D° Nat. Y que estudia.

- Afirmamos que el D° Nat. Es una ciencia, se le aplica el termino científico, una ciencia que estudia el objeto del D° Nat. Lo que nos tiene que llevar al conocimiento técnico y artístico de este D°. La ciencia estudia el objeto de D° nat. Que se da en casi todos los derechos tautología.

Derecho natural estudia la Teoría del Derecho:

Todo esto tiene como objeto delimitar la ciencia y el objeto que estudia. Derecho por y para los hombres, no cabe hablar del D° en otros términos, responde a las necesidades del hombre que vive en la naturaleza.

¿qué es lo natural,naturaleza?Lo fundamental, básico, necesario, lo que está en el substrato del ser humano. Pero la naturaleza como tal ha tenido el D° desde siempre. La base es el mismo término naturaleza en u vocablo griego Phisis.

Cuando Aristóteles de Delphos dice:que lo justo vivido en la comunidad política o lo es por naturaleza o lo es por ley

–naturaleza– aquello que por doquier tiene la misma fuerza.

–ley–aquello que cada ciudad se da a si misma, que se da como lo mas conveniente.

La ley puede variar, pero la naturaleza es invariable.

- El objeto de esta ciencia está en tratar de analizar estas pautas que por doquier tienen la misma fuerza y sino podemos dilucidarlos todos, poder captarlos.Preceptos del D° nat existen desde siempre pero a veces nosotros no los captamos y esta es la labor del D° nat.
- D° se mueve , se mide en el tiempo y en el espacio.

1.2 DISTINTOS TÉRMINOS CON LOS QUE SE HA DENOMINADO AL D° NATURAL A LO LARGO DE LA HISTORIA.

La ciencia varía según la terminología con la que se le conoce, donde y cuando empieza a hablarse de Dnat, justicia, ley ...

- JUSTICIA DEL D^o—o lo recto lo vemos en los dos libros más antiguos de occidente, en la Iliada y la Odisea que expresan de otra manera la justicia.
- Hexiодо va a ser el primero en denominar, escribe la Teogonia donde establece la mitología griega detallada y habla de la justicia y la llama Dike(hombre) y tambien tegisse ocupa del orden cósmico general. Tienen unas ayudantes las eilinas que cuando el orden natural se altera, ellas lo ponen en orden. Tambien escribe otra obra De los trabajos y los dioses cuyo argumento es el relato de todo su conocimiento para el trabajo de todos los bienes que su padre deja a su hermano , y no a el, es el primer caso de herencia y se hacen muchas referencias a la justicia en relación a la naturaleza y la convivencia de los hombres en general.

Justicia vs demesura— lo desmedido es lo que no corresponde al orden natural.

Justo vs la otra parte.

- Pitágoras justicia la armonía de los números
- La mayoría de las fuentes presocráticas lo debemos a un profesor alemán Diels que escribió los fragmentos de los presocráticos que recogió todo el saber de los presocráticos
- Llegamos al pensamiento de Platón despues de todos estos pensadores. Escribe dos obras cruciales Politeia La república y tambien Nomoi las leyes, son muy importantes no sólo porque se ocupan del orden de la sociedad , la organización y normas que deben regirla. Las leyes es la última de sus obras , intervienen dos personajes y el argumento va a ser que dos personas van a ir de peregrinación al santuario de delphos mientras hablan de la organización de la sociedad y contraponen las dos formas de orden:
 - ◆ La espartana
 - ◆ La ateniense

Hablan del D^o y su orden en relación con la naturaleza , con innumerables referencias a la justicia.

Physis dicayon— lo justo natural

Physis homicon—la ley natural

Esto es solo un ejemplo, no es el único pero es el mejor.

- Aristóteles La retórica es el arte de bien exponer de bien argumentar.
- S I a.C.— llega el pueblo romano, Roma es una república que ya ha comenzado su expansión, esta organización tiene dos grandes pensadores:

Ciceron—

Julio Cesar, que escribe la guerra de las Galias

la guerra de España

El primero siempre ejerció de rector y abogado, estuvo en el senado mucho tiempo, con muchos altercados políticos y sus obras son sus discursos de defensa o ataque en sus casos

Sobre la República Y Sobre las Leyes—de este ultimo sacamos este fragmento Piensas pues que no hay que sacar el conocimiento del D^o a partir del decreto del pretor como suelen hacer hoy, ni de las doce tablas como los antiguos, sino de la médula misma de la filosofía.

◆ Si

Dº no se tiene que conocer solo de las leyes sino que es íntima filosofía

*****DISTINTOS LIBROS??????*****

8-10-01

S.VI AL S.VII :

Esidoro de Sevilla compendió todo el saber de la antigüedad. Se conservan muy pocos libros de la época por el enfrentamiento bélico , salvo reductos. Es en la época de Esidoro arzobispo de Sevilla que se producen los concilios de Toledo.

Su libroLas Etimologías va a influir en todo occidente, en este libro se ocupa de todos los saberes ; gramática , retórica, dialéctica, matemáticas, música, astronomía, medicina, de las leyes, de los tiempos de las iglesias, de las lenguas, geografía, zoología, la tierra y sus partes, arquitectura, agricultura, geología, de la guerra y los juegos, de los aperos, instrumentos y comidas.

Del Dº Natural habla en dos partes: de las leyes y los tiempos y de la retórica.

Cuando se ocupa de las leyes y los tiempos habla de Dº – El Dº puede ser natural, civil o de gentes. Derecho Natural es el común a todos los pueblos y existe en todas partes no por ley, ni constitución, sino por instinto de la naturaleza, como la unión de un hombre y una mujer, la educación de los hijos, de la libertad para todos, la común posesión de todas las cosas y el derecho a adquirir todo lo que en el cielo, mar y tierra existe. También la devolución de lo prestado..., rechazar la violencia con la violencia pues estas cosas y otras son naturales.

ESCOLÁSTICA:

A partir de finales del siglo VII a finales del siglo VIII, en el año 800(coronado Carlo Magno) surge el período de la escolástica que se prolongará hasta el Renacimiento.

La importancia de este período, es que culturalmente fue muy importante, dentro de las ciencias que descompone la escolástica, el Derecho Natural está por debajo de todas las ciencias, también en el Derecho Municipal , es decir, estatutos.

Se reseñan dos autores:

–Juan Graciano–1100–1159. El Papa le encargó ordenar toda la producción jurídica y que las concordase. Cumplió el encargo en una obra que se llama **Decretum**, esta obra unida a otra posterior de el Papa **Gregorio IX** que se conoce con el nombre de **Decretales** conforman el **CORPUS IURIS CANONICI** . Son los dos ordenamientos jurídicos que existen.

CORPUS IURIS CANONICI:

En el comienzo del libro se plantea la pregunta ¿que es el derecho? – Derecho Natural es aquello por lo que a cada uno le está mandado hacer a otro lo que quiere que se le haga a él y esté impedido de hacer a otro lo que no quiere que se le haga a él

Mas tarde hizo falta otra compilación, concordia y una de las mas famosas, la mas importante va a ser la obra de **San Raimundo de Penyafort que escribe SUMMA IURIS** (resumen de derechos).

1ª parte Del Derecho Natural hay cinco acepciones del Derecho Natural.

- A la fuerza de las cosas que produce similar efecto en las cosas.
- Aquello que esté en el instinto de la naturaleza de aquellos seres que se rigen por sus instintos y que es igual para hombres y animales.
- Equivalente a la equidad natural– instinto que procede de la razón, por lo tanto compete a los hombres.
- Aquello que establece los preceptos y las prohibiciones para el mantenimiento del género humano.
- Derecho Natural O Derecho de Gentes– se refiere a la razón natural por la cual los hombres se relacionan unos con otros.

Después habla de los otros derechos aparte del Derecho Natural.

Alfonso X No vale carta ganada contra derecho natural.

STO. TOMÁS DE AQUINO FINALES SIGLO XIII.

Escribe **LA SUMMA TEOLÓGICA** Va a tener dos apartados importantes:

- ♦ la ley– también habla de la ley natural.
- ♦ La justicia.

LA LEY NATURAL: es la participación de la ley eterna en la criatura racional .

La ley eterna es la razón de la divina sabiduría en cuanto orden a la razón.

Además hay una ley humana es la ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por el que tiene a su cargo la comunidad y este tiene que seguir la ley natural.

Surgen dos corrientes la Intelectualista , en esta época

La Voluntarista Juan Duns Escotto según esta corriente derecho natural es de Derecho Natural lo que Dios quiso que fuese Derecho Natural.

9-10-01

RENACIMIENTO:

Con el renacimiento se vuelve a los clásicos y a su conocimiento. A partir del siglo XV se produce la expansión cultural de la creación científica española. Desde la obra de Cisneros , S XVI la creación científica española va a tener un alcance extraordinario, Alcalá , Salamanca, Coimbra, Ebra , son universidades.

La influencia llega de profesores españoles que van a dar clase en Roma , París ...

Dos títulos que se llaman De **IUSTITIA ET IURE** , **Domingo de Soto** autor de esta obra es un gran jurista del Concilio de Trento, profesor de Salamanca. Anterior es **Francisco de Victoria** también escribe **Luis de Molina de los diez libros de la justicia e el derecho.** En este momento se van a crear nuevas ciencias, como el Dº nacional público (Molina). A través de **Alfonso de Castro la ciencia de Dº penal.** Hay ya un intento de que nazca la ciencia de derecho natural pero no llega a plasmarse físicamente hasta **Fernando Vázquez de Menchaca que escribe Debero Iure Natural.** El último gran pensador de esta gran escuela española, es **Francisco Suárez,** va a escribir un libro que se llama **DE LAS LEYES Y DE DIOS LEGISLADOR** obra de corte moderno donde hace un estudio de las leyes , editada en 1612 Coimbra.

BARROCO:

Es el final de un periodo, SXVII significa un cambio de cultura pues vamos a pasar al pensamiento Barroco Ilustrado . Si el auge españoles del siglo XVI científicamente, el resurgir del Barroco se produce en toda Europa y aquí será técnico, arquitectónico. Los cambios políticos son importantes.

Aquí comienza el Derecho Natural con independencia y empiezan los estudios específicos de Derecho Natural.

El primer antecedente es la obra de un abogado , **Hugo Grocio**, va a desempeñar cargos políticos y ser docente, era holandés(separación de Flandes) va a escribir **DEL IURI**

Lo divide en tres libros, en los cuales se explica los derechos principales de derecho natural y de gentes.

Primer libro de Derecho Natural– es también importante por muchas mas obras, entre ellas DE MARE LIBERUM partidario de la libertad de los mares, es un alegato de defensa.

El **primer profesor de Derecho Natural** es **SAMUEL PUFENDORF** muere en 1694 y escribe **IURE NATURE ET GENTIN** En ocho tomos, editado en Suecia.

Las personas que se dedican a este estudio responden al método racionalista:

El **segundo profesor** **CRISTIAN THOMASIIUS** también escribe un **fundamento del Derecho Natural y de Gentes**

Pufendorf hizo un resumen de su libro que explicaba en clase.

Thomasius también hizo un resumen y empieza a escribir PABLO PLENIOR– HISTORIA DEL D° COMO TAL.

En España Carlos III crea la primera cátedra de Derecho Natural en Madrid y va a ser desempeñada por el primer profesor español de Derecho Natural J. MARÍN Y MENDOZA.

S.XIX :

Nos vamos a encontrar con un cambio de universidades, tres nuevos modelos:

- ♦ **NAPOLÉÓNICA:** Centrada en formar y preparar funcionarios. Universidad jerarquizada y competitiva.
- ♦ **CENTRALIZADA DE BERLIN:**(IDEALISMO con una concepción idealista) el primer rector FIGHTE escribe una líneas fundamentales de Derecho Natural y del Estado–1796–.

Pero el libro siguiente que se publica y que va a ser escrito por una persona de la misma corriente en Berlín y con gran incidencia HEGEL que se llama FILOSOFÍA DEL DERECHO.

- ♦ **DE EEUU(BEJAVIERISTA):** Prepara culturalmente a la gente joven para que tenga cultura y conocimientos generales (especialización en lo pequeño, práctica).

Con los años estos movimientos se acaban cruzando y los modelos se confunden.

FIGHTE– muere en 1814– Berlín, enseña a todos los grandes profesores, el siguiente rector es HEGEL que desempeña la misma cátedra que Figthe y la comparte con Chopenhauer.

1.3. DERECHO NATURAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Se nos plantea en el libro de HEGEL la duda sobre su título:

- ◆ DERECHO NATURAL Y LAS CIENCIAS DEL ESTADO
- ◆ LINEAS FUNDAMENTALES DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

En el prólogo Hegel nos dice que la historia es muy importante, para saber hay que conocer lo que hay antes. El encararse con el Derecho Natural tiene que ser con el saber, con la filosofía.

Se siguen publicando libros de Derecho Natural y comienzan a escribirse libros de Filosofía del Derecho con un contenido muy parecido. La nota común del Siglo XIX es la aparición de múltiples escuelas científicas dentro de las cuales aparece la **corriente positivista** que tiene representantes en casi todos los países y escuelas .

Positivismo dentro del mundo del Derecho, estas escuelas positivistas tienen una nota común, dicen que el Derecho Natural no sirve para nada, no es necesario.

Coexisten otras corrientes que defienden el Derecho Natural, Dentro de esta corriente encontramos dos ejemplos:

AHRENS-1953- que escribe CURSO DE DERECHO NATURAL O DE FILOSOFÍA DEL DERECHO-
CORRIENTE IDEALISTA FEDERAL DENTRO DEL CRAUSISMO. En España tenemos a FRANCISCO
GINER DE LOS RIOS 1860-70 que escribió PRINCIPIO DE DERECHO NATURAL.

La corriente mas ortodoxa sigue escribiendo libros de Derecho Natural y su adscripción teológica no es Positivista.

Lo mismo ocurre en Francia, Italia, Alemania pero no así Inglaterra que no sigue el sistema de la organización jurídica continental, sino otra organización jurídica que se basa en la jurisprudencia. Por ejemplo Adam Smith que también se dedicaba a dar clase de Derecho Natural escribe elementos de jurisprudencia. A la hora del estudio se sigue la corriente de la jurisprudencia.

*****FALTA 1 DIA PREGUNTA CON TRES OPCIONES*****

15-10-01

1.4.CONTENIDO DE LA CIENCIA DE DERECHO NATURAL

si entendemos que el Derecho Natural es una parte de la Filosofía del Derecho, habrá que delimitar que parte es:

-PARTE FORMAL: coinciden y ambas son filosofía pues trata de conocer el Derecho por sus principios mas fundamentales y también mirando sus últimas consecuencias. Esta constante se ha dado desde siempre.

-ASPECTO MATERIAL: debe haber alguna diferencia porque el Derecho Natural es una parte de Filosofía del Derecho que se ocupa de un aspecto sustancial del Derecho

LOS TEMAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO SON:

- **LA LÓGICA JURÍDICA:**

Dentro de la lógica jurídica esta puede ser formal o material, el objeto que se estudia es el conjunto de razonamientos sobre la forma de entender el Derecho. La forma de razonar en el mundo del Derecho es parecida a otras ciencias, pero su sintaxis es peculiar del Derecho.

También hay una semántica jurídica y pragmática jurídica. Además también un aspecto de la lógica jurídica es el raciocinio jurídico que nos lleva a establecer como muy importante la lógica jurídica formal. Argumenta . los razonamientos complejos y cuales son los elementos jurídicos.

Dentro de la lógica Jurídica material, están los razonamientos jurídicos y tenemos:

No normativos:

Razonamientos deductivos o inductivos.

Razonamiento reductor.

Principio de analogía (actúa solo en determinadas ciencias)

Normativos:

Como se elabora el Derecho

Como se aplica el Derecho

Como se entiende el Derecho.

Las normas se elaboran de una manera, tiene unos elementos formales y una vez hecho es un ente abstracto para aplicarlo a un hecho concreto. Para interpretar la norma también hay una norma.

• **ESTIMATIVA JURÍDICA(AXIOLOGÍA JURÍDICA):**

Estudio importante, se estudia cual es el valor del Derecho. Si tiene algún valor y también la de los valores del Derecho, cuales son, hay que fijar esos valores del Derecho. Cuales son los que están mas abajo o mas arriba , etc. Una vez establecido el conjunto de los valores se procede a la jerarquización de los valores y esto siempre es coyuntural y en cada contexto siempre hay uno que sube y otro que baja. Por ejemplo libertad y seguridad, los dos existen pero en cada momento uno prima sobre el otro. El valor de la justicia siempre está por debajo del Derecho , lo fundamenta y por encima , es a lo que aspira el Derecho.

• **FILOSOFÍA DE LA NATURALEZA HISTÓRICA DEL DERECHO**

(NATURALEZA HISTÓRICA)

TEMA DEL MOVIMIENTO JURÍDICO

DEFINICIÓN DE NATURALEZA:

La naturaleza es la esencia en cuanto principio de movimiento.

El ser se puede observar en quietud o en movimiento en el segundo caso vemos su naturaleza.

A nosotros nos interesa la naturaleza o sea el movimiento que estudia la filosofía y la Filosofía del Derecho en cuanto a las valoraciones que se realizan sobre los sujetos y objetos de Derecho. El conjunto de vivencias del

Derecho en una sociedad es lo que la sociedad quiere o demanda en cada momento o fijo o en movimiento. Nos interesa la norma pero también porque se creó esa norma y con ese análisis vemos si nos sigue interesando una norma. Esto es el estudio de la naturaleza histórica del Derecho.

• **ANTROPOLOGÍA JURÍDICA**

Todo el derecho gira en torno al concepto de hombre al igual que la Filosofía del Derecho. Pero en el hombre hay también variadas definiciones pero nosotros tomaremos una:

El hombre y su concepto es fundamental en Derecho y este concepto es muy complicado y tiene que ajustarse para llevar al concepto de persona.

el hombre es persona, si se parte de esta concepción se puede llegar a la conclusión de que el hombre es sujeto de Derecho y llegar a la concepción de lo que es persona jurídica.

Tenemos que encontrar el conjunto de derechos de la persona que se encuentran dentro de la antropología jurídica y son los derechos sustanciales de esa persona, o sea de los derechos naturales, que naturalmente le corresponden a la persona.

******FALTA 1 DIA DISTINTAS ACEPTACIONES DEL TÉRMINO DERECHO :OBJETO, FACULTAD , CIENCIA , FORMA, FENÓMENO PRACTICO,.TEMA2????*******

17-10-01

Hay una manera de denominar el término Derecho, como acepción, fenómeno práctico por los hechos jurídicos, relaciones jurídicas.... Continuamente realizamos negocios, hechos o relaciones jurídicas. Por ejemplo la compra de un ticket de bus que compramos para que nos lleven.

EL IDEAL DE JUSTICIA O CIENCIA DEL DERECHO

Al lado del término derecho está el término justicia. Para abordar esta cuestión hay que partir de el origen histórico lingüístico de los términos:

Temis/Dike—funcionan dos términos de dos diosas, el de la diosa Dike se sigue hablando de la traslación de este término al lenguaje latino va a ser el término IUS, viene a significar Júpiter capitolino(padre de los dioses). Está con más antigüedad que el término Derecho. Lo que nos ha quedado mas que la palabra es la simbología de la justicia , la balanza, esa idea va a venir acompañada de otros signos externos, es diferente la balanza romana que la griega, en el pensamiento griego los platillos van a estar al mismo nivel y en la romana van a estar a diferente altura.

Quien asegura la balanza es una señora que es Dike, tiene en un brazo la balanza y en el otro la espada y tiene los ojos abiertos y mira la balanza porque tiene que tener cuidado de que el fiel de la balanza esté recto, o sea que sea igual. El término ISOS es el que determina que se de la justicia, que es igual la acción humana con las reglas objetivas. Equivalencia—

Cuando esta simbología es del pensamiento romano y sobre todo el arcaico, nos encontramos a Júpiter detrás de la balanza, pero esto dura poco y va a sostenerla una mujer y la balanza está desequilibrada habitualmente tiene el elemento de fuerza (espada) y tiene los ojos tapados. La precisión de mirar la igualdad tiene menos importancia. Lo que le interesa no es ver que el fiel esté nivelado sino sentir que hay equilibrio entre los dos elementos. No lo ve sino que siente la proporcionalidad.

Vienen a significar lo mismo, pero cada pueblo lo enfoca de manera diferente. Los romanos hacían mas

hincapié en el equilibrio y los griegos en la igualdad.

En Grecia Dike es la palabra usada por los cultos, ellos vulgarmente para denominar el derecho usan la palabra ISO. En roma ocurre lo mismo la palabra culta es Júpiter pero vulgarmente la palabra es proporcionado, derecho.

En occidente a partir del siglo IV empieza a usarse DIRECTUM tanto como IUS, pero a partir del S. VI hasta el S. IX el término IUS prácticamente desaparece y todo el mundo habla de lo derecho.

A partir del S. IX empieza a entrar el fenómeno de recibir la armonía del mundo culto y es en este momento cuando empieza a dominar el término IUS y sin llegar a dejar de usarse el término derecho se le equivale el IUS, el fenómeno de la recepción, recibir el derecho romano como una terminología culta. Eso hace que el uso del término IUS sea mas amplio y por lo tanto hay como desinencias de IUS un arte de entender y ejecutar el derecho surge una nueva palabra jurisprudencia, jurídico y se generaliza dentro de nuestro mundo.

Se recibe la idea de justicia como la gran idea y el derecho tiene como objeto la realización de la justicia. Los historiadores discuten que viene a significar a través de todos los tiempos la idea de justicia, sea como sea para delimitar el derecho este elemento es muy importante.

En La ciencia jurídica moderna, se dice que el concepto derecho se ha mantenido con mas fuerza que jurista porque el concepto derecho refleja etimológicamente mas la formación formalista e incluso dentro de esta la normativista.

Lo recto siempre es una medida que está reglada y es la norma lo que hace lo recto. **postura normativista.** El derecho es un conjunto de reglas que establecen aquello que es conveniente o justo a la sociedad. Lo importante no es que esté solo en la norma.

Quien, porque, para que se ponen esas reglas.

POSTURA FORMALISTA:(S XVIII–XIX):

Se amplia el campo de experiencia jurídica porque se conocen las reglas jurídicas de otros países. También se produce un incremento de estudios de lo que es el derecho. Configuración histórica de cómo se ha ido formando el derecho.

Surge la necesidad de encontrar un concepto de derecho que sirva para todos y a la vez sirva de experiencia de lo que queda de científico.

Para evitar controversias se trata de establecer un concepto de derecho que esté desvinculado del concepto de justicia. Por que justicia siempre hace referencia a una idea religiosa. Se trata de que el concepto de derecho tenga la menor concepción religiosa posible. Lo normal es hacer una definición descriptiva y así una de las grandes batallas de los Neokantianos está en encontrar un concepto únicamente formal del derecho. Otra línea para encontrar esta definición está en coger los libros donde esta definido el derecho por diversos autores y coger los elementos comunes, el resultado será una definición formal. Llegan a resultados que vemos hoy en día, hay definiciones importantes pero insatisfactorias porque cuando se las pone en contacto con el derecho vivido en una sociedad hay aspectos de derecho que no están definidos en esa definición. Actualmente se dice que el derecho efectivamente ostenta algunos caracteres comunes en todos los sitios tanto en su aspecto formal como en las reglas pero también en el ámbito de la ciencia existen diferencias.

Por que hay realidades sociales diferentes según los territorios, las valoraciones son diferentes en cuanto a la ideología de los territorios. Y el conjunto de normas prefijadas es distinta en las comunidades pero tienen algo en común que todas ellas son derecho.

LA JUSTICIA – los científicos dicen que es imprescindible la diferencia con la idea de justicia, pero no lo demuestran. Legaz dice– el derecho es un punto sobre la justicia el derecho no es solo formal tiene que tener un contenido de regla y otro formal (material) que se lo da la justicia. el derecho es norma política de contenido ético Elias de Tejada. Norma de convivir unos con otros.

PROBLEMAS QUE PLANTEA LA ELABORACIÓN DE DERECHO

El derecho está en el orden de la realidad social, en la vida que se vive y que vive cada persona y que se da porque esa persona convive con otras y tiene una vivencia personal y otra social.

El derecho como tal tiene una estructura, pero las estructuras para levantarse necesitan un apoyo y si se cuestiona que ese apoyo es la justicia hace falta buscar alguna otra apoyatura.

Al lado de esa concepción se puede señalar que si algo es justo y hay acciones justas, es decir que la justicia no es una postulación ideal sino una forma de actuar en la propia sociedad. Pero también se dice que los jurídicos no se puede apoyar sólo en la norma, porque la norma en el ámbito de derecho sólo es una entidad lógica. Lo que hace la norma es una socialización de comportamientos humanos, un reconocimiento de su comportamiento que el hombre hace en la sociedad.

HART– es un profesor de Oslo de Filosofía del Derecho, murió en 1992 jurista mas prestigioso de este siglo, el concepto del Derecho en este libro pone esta situación con un ejemplo (padres e hijos iglesia sombreros) Socialización de comportamiento que se hace para la vida en sociedad, para acciones y conductas que llevan en un comportamiento habitual.

Imitación de pautas de conductas regladas o de las que hay detrás hay siempre una decisión de libertad. Cuando sigue una pauta o la contraviene, es una opción libre. El derecho no es solo acción que se convierte en una pauta habitual, ni es solo conducta de vida, ni solo regulación de actos. El derecho lo hace un ser humano conviviendo con otros seres humanos.

Persona deriva de una palabra griega que significa máscara y tenía la finalidad de ser la representación del personaje y también de amplificador del sonido. PERSONA ES SUJETO LEGAL– en sentido filosófico es un descubrimiento y una creación del cristianismo y del cristianismo primitivo que se va a desarrollar en los primeros siglos del cristianismo.

Concilio de Nicea – es muy importante porque hizo terminar unas luchas civiles de aquel momento.

22-10-01

Dentro de la definición del Derecho, encontramos la idea filosófica de Persona. Para occidente el término, concepto persona se usa para definir a la Santísima Trinidad.

El término persona pasa a la filosofía por **BOECIO**, que escribe **El Libro de la Persona** donde aparece la definición de persona filosófica mas importante:– **La persona es sustancia individual de naturaleza racional.** (teniendo en cuenta que individuo en su origen latino significa indivisible. También como sustantivo la palabra latina para decir átomo). Esta idea de persona sigue estando en el substrato de todas las filosofías.

En el paso a la **MODERNIDAD**, nos encontramos con otro pensador, **LEIBNIZ**, este trata de establecer un sistema jurídico superior a los estados, quiere la concordia entre todas las religiones y las ideologías políticas. Parte de que la palabra persona lleva la idea inherente de un ser pensante y también inteligente, por lo tanto tiene capacidad de abstracción en el tiempo y en el espacio, y puede tener la responsabilidad de sus acciones. Esta idea de persona en que la concepción de individuo esta detrás, no va a ser la única. En la modernidad se intenta contraponer la idea de individuo a la de persona, diciendo que individuo es una entidad definible ,

mientras que persona además de eso tiene la capacidad de ser definida individualmente, pero con unos rasgos peculiares externos e internos que la distinguen de otra. Persona individuo con una entidad psicofísica.

Cada uno de esos individuos tiene en común la capacidad de ser libre pero la capacidad de ejercer la libertad es propia de cada uno.

Como se puede matizar individuo de persona, el mejor resumen y clave del periodo anterior es la posición del pensador que cierra este periodo.

KANT: Que define a la persona en la crítica de la razón práctica :

libertad e independencia frente al mecanicismo de la naturaleza entera, consideradas a la vez como la facultad de un ser sometido a leyes propias, es decir, a las leyes puras prácticas establecidas por la propia razón es el hombre. Esto podría considerarse el resumen de la concepción de la modernidad.

SIGLO XX:

De esta idea de Kant surgen dos posturas:

- **Postura existencialista (en-sí).**
- **Postura personalista (esencial).**

A-POSTURA EXISTENCIALISTA:

Teniendo detrás la definición de Kant el hombre es un ser en sí, no tiene naturaleza, sino historia, y esto tiene una consecuencia, que la persona, el ser no es trascendente. Existen con otros seres en si el derecho prácticamente no existe.

B-POSTURA PERSONALISTA:

El hombre es la persona y la unidad del ser, concreta y esencial. Y cuando dice esencial, dice que es trascendente que su esencia va pasando. Coexisten y es lo que lleva a la creación de derecho.

Si un ser en sí está con otras personas, podemos estar de dos maneras, conviviendo sin más relación que la de no molestarnos o teniendo unos intereses comunes o convivencia les. Para el D° es imprescindible que se dé la circunstancia de la convivencia, para que se haga la vida en comunidad.

Naturaleza constitutivamente social, para que entre el D°, y de esta naturaleza constitutivamente social de la persona es de donde surge la necesidad o el principio de solidaridad, mientras que en la persona en si no se da la comunidad ni la idea de la solidaridad. Aquí surge la palabra corresponsabilidad , porque habrá una serie de actos hechos en positivo o negativo cuyos resultados se pueden achacar al conjunto del grupo que convive, pues es el grupo el responsable de esos hechos, corresponsabilidad. Relación interpersonal entre personas y esta relación Interpersonal puede mantenerse en dos esferas:

- **Relación social general- íntimamente relacionada con el D°.**
- **Relación que no trasciende al mundo social que es la de la intimidad.**

Mientras que aquel que esté en la esfera de la intimidad entra en el D° cuando esa intimidad deja de existir como tal y entra en convivencia con los demás.

Con todo esto podemos considerar como punto de partida la siguiente **definición de derecho:**

derecho es sistema ordenado a la consecución de la justicia compuesto de normas delimitadoras de la voluntad humana libre que otorga poderes o facultades para obrar en sociedad de forma segura y garantizada

7. LA TEORÍA DEL DERECHO

TEOREO—observar, mirar desde fuera.

La teoría es la acción de ver, mirar, cuando en lugar de observar algo observamos una idea, se dice que contemplamos, consideramos, la teoría pues en este sentido es contemplación. En su sentido genérico en griego es contemplación, esta palabra tiene una carga como contemplación de las ideas que traspasa todos los tiempos.

ARISTÓTELES DISTINGUE:

- **Ciencia teórica –de la contemplación**
- **Ciencia práctica–de la acción**
- **Ciencia poética –de la producción.**

Desde estos orígenes tanto Platón como Aristóteles se discute la relación entre la teoría y la práctica, acción, se dice que no puede haber teoría sin acción, otras que si, otras le dan mas valor a una u otra.

Se trata de establecer lo que se conoce como la teoría del conocimiento objetivo, porque la contemplación nos lleva a la teorización concreta pero antes de poder llevar a la práctica algo hay que conocerlo. Haciendo muchas veces algo se puede llegar al conocimiento y establecer la teoría de ese conjunto de actos. Dentro de este pensamiento existen también varias teorías importantes: realista, convencionalista, etc. Dentro de todas las concepciones de la teorización y de la práctica nos encontramos la teoría del derecho– se pretende observar para tener un conocimiento objetivo, describiendo los principios que se dan en el objeto los términos lingüísticos, realizaciones y los fines de ese objeto, que es el derecho, vamos a observar ese fenómeno que se llama derecho para llegar a conocerlo.

23-10-01

lo primero es señalar donde está el derecho y vamos a comenzar la indagación de la exposición y respuesta a la pregunta que realiza Kant en su obra Metafísica de las costumbres que tiene dos partes:

–teoría de la virtud

–teoría del derecho

¿qué es la teoría del derecho? (según Kant)

el conjunto de leyes para las cuales es posible una legislación externa se llama teoría del derecho(al lado de la palabra derecho pone el término latino IUS)si esa legislación es real, se llama teoría del derecho positivo y el entendido en ella o jurisconsulto se denomina perito en derecho(jurisperito). Siempre que conozca las leyes externas también externamente, es decir, en su aplicación a los casos que presenta la experiencia; la teoría del derecho positivo puede convertirse en arte jurídico (jurisprudencia) y sin el arte práctico queda reducido a la mera ciencia del derecho (juris sciencia). Esta última denominación corresponde también al conocimiento sistemático de la teoría del derecho natural aun cuando el jurisconsulto tiene que formular en ella los principios inmutables de toda legislación positiva

la dificultad de esta clasificación de Kant es lo que no dice, a lo que se está refiriendo , pues reúne una tradición de 18 siglos.

Vamos a tratar de desglosar este trozo :

la teoría del D° se ocupa de la legislación externa..., no se ocupa de lo que se refiere a nosotros mismos, si esa legislación es real es decir que tenga vigencia, que exista realmente, que las normas estén fijadas legalmente el que entiende...jurisconsulto el que conoce, sabe del D° real cuando solo conoce las leyes externas externamente se las ha leído se dice que es un perito, esto no es suficiente, hay que conocerlas y ver su realidad práctica, sus consecuencias. Hay un caso mas elevado cuando es arte jurídico que es el que cultiva la jurisprudencia porque el que sólo lo conoce es juris sciencia. También se puede aplicar al D° natural y lo que tiene que hacer el estudioso es analizar los principios generales de la teoría del derecho. Extraer los principios del conjunto normativo. A esta jurisprudencia se puede llegar estudiando la teoría del D°(jurisprudencia que ya tiene una definición clásica que Kant da por sobreentendida cuando vuelve sobre esa definición la denomina:

jurisprudencia es ciencia de lo justo y de lo injusto con noticia de todas las cosas divinas y humanas

NOTITIA:– palabra que crea pequeños problemas con grandes consecuencias que divide a los estudiosos en la definición adecuada del término notitia , este puede ser nominativo o ablativo y nuestra traducción es en ablativo.

Hecha para saber lo que es justo e injusto hay que tener conocimiento del conjunto de percepciones que tiene el ser humano.

(Es necesario para tratar de traducir el latín, que no tenía comas, la ayuda de Glosadores y Comentaristas. Los Glosadores lo que hacen es analizar el texto lingüísticamente, los términos, después los Comentaristas nos dicen las consecuencias de cada una de las traducciones de los términos para la aplicación práctica de los textos).

Quien dice que jurisprudencia debe estar en la Glosa de ablativo es Acursio, mientras que Baldo y Azo parten del nominativo. Esta definición de jurisprudencia es la que tenemos detrás de toda la teoría del D °. Kant también usa Ius que es le mismo del Digesto y el que define Celso como el arte de lo bueno y de lo equitativo.

(JURISTAS DE LA EDAD M

GLOSADORES

ACURSIO

BALDO

BARTOLO

AZZO)

Este Ius de Kant al lado de jurisprudencia contiene tres preceptos fundamentales :

–vive honestamente, no dañes a otro , dale a cada uno lo suyo–

Eso es lo que queremos conocer del derecho y también lo podemos conocer de distintas maneras, se puede conocer por dos vías

–en relación con nuestra mente para conocerlo mejor (norma jurídica).

- ◆ en relación con nuestra voluntad para realizarlo y cumplirlo debidamente (práctica jurídica).

El Dº es conocido por todos los hombres pero es un conocimiento vulgar, es diferente del conocimiento científico que es el que alcanzan los que se dedican a esta profesión. Estas dos clases no se distinguen por la cantidad de saberes sino por la cualidad del saber.

El conocimiento vulgar es consecuencia de la mente humana, porque el derecho es una realidad visible y cognoscible, puede adecuarse al contenido. (verdad–adecuación del ser consigo mismo). Pero no hay certeza de su verdad porque no está acompañado de una reflexión que hace encajar la percepción de lo vulgar en un contexto mas amplio, el conocimiento vulgar no alcanza las causas explicativas, el principio superior y las razones que tiene; no tiene llave ordenadora, carece de sistema, es un conocimiento asistemático.

El conocimiento científico va guiado por la reflexión y por una serie de procedimiento de indagación que están ordenados, que lleva a la veracidad de lo que se está indagando. Desde esta perspectiva se dice que el conocimiento es científico porque la ciencia es un sistema de conocimiento cierto y verdadero de una cosa. En Dº sería pues la ciencia del Dº.

Le damos a la palabra ciencia una conciencia general, todo conocimiento sistemático, veraz, cierto, por métodos de verificación para llegar a que lo que se estudia es verdad.

En Dº tenemos una aproximación a la veracidad pero no por esto deja de ser científico. El Dº ofrece al conocimiento científico varios aspectos cada uno de los cuales proporciona una perspectiva disciplinar, es decir, se pueden tratar alcanzar los principios de esa ciencia, en sus perspectivas históricas.

Podemos analizar el conjunto normativo que puede darse en un momento histórico dado, en el conjunto de los ordenamiento jurídicos que se están produciendo en un momento determinado.

Surgen diferentes subgrupos de ciencias jurídicas:

- Teoría del derecho
- Política como ciencia de la convivencia.
- Ciencia del reformismo.

Una idea jurídica que nace en el estuudio no sirve si no es susceptible de aplicarse a la regla, como el Dº nace y vive para el derecho social, las reglas a las que se transforman las ideas tienen la finalidad de actuar en las relaciones de los hombres. Y esta idea jurídica es lo que conlleva a la visión práctica de la Teoría del Dº.(el descubrimiento de Dº a través de la teoría, tenemos que hacerlo cada uno de nosotros a través del conocimiento).

Los pasos para este hacer de cada día están establecidos, son:

1º–conocer el Dº formulado –distinguiéndolo de otras reglas que no son Dº.

2º–realización de ese Dº– como se ejecuta ese Dº, no en su sede teórica sino en su vivencia práctica y se hace normalmente, con normalidad.

Cuando de alguna manera el conjunto normativo no se hace con normalidad, tiene que realizar la conducta bajo el peso de la coacción, pero esto se da en escasísimas ocasiones. Para reafirmar mediante la coacción el Dº infringido o el Dº desconocido.

DEFINICIÓN DE DERECHO:

- ♦ El Derecho es el conjunto de normas de conducta de cumplimiento coercitivo que trata de alcanzar la armónica convivencia de los hombre en sociedad.

Esta definición es una delimitación que nadie que se dedique al derecho natural suscribe, sitúa en el núcleo del Dº es coercible no coactivo, puede llegar a tener que imponerse pero lo normal es que nunca se llegue a ese extremo.

DEFINICIÓN DE Dº DE KANT:

-Dº conjunto de condiciones in las cuales el arbitrio de uno coexista con el arbitrio de lo demás en una regla general de libertad.

Son diferentes definiciones, pero no porque Kant no crea en la coacción en el centro del Dº.

La conclusión de estos dos elementos realizados a través del arte jurídico. Este arte jurídico puede ir dirigido a proponer nuevas formulaciones de Dº o encarecer el cumplimiento voluntario o el restablecimiento por vía civil o criminal del Dº infringido y el restablecimiento del Dº infringido por vía civil o criminal tiene una rama específica del Dº, jurisdiccional.

Con estos tres pasos queda explicitado lo que pretendemos estudiar, Teoría del Dº. La teoría, el saber del Dº que tiene que ser amplio, tiene que hacerse para aplicarlo en la práctica y para que se capte tenemos que captar la realidad que nos circunda, lo que es Dº para captar los fundamentos de la teoría.

TEMA 3

EL Dº Y OTROS ÓRDENES NORMATIVOS

8.Dº Y MORAL

En la sociedad existen otros sistemas ordenados que de alguna manera delimitan la voluntad de obrar. El mas importante es el conjunto de preceptos morales, si tienen derecho y moral un conjunto de preceptos en que relación se encuentra diferente derecho y moral. Es muy difícil llegar a una solución aceptada por todos, es una relación muy discutida en el aspecto formal porque hay muchas definiciones de moral y del Dº y muchas formas de plantear la relación entre ambas.

Podemos exponer los planteamiento actuales de la relaciones entre Dº y moral, estos son cinco:

- **se pregunta ¿ si moral y derecho son conceptos diferentes o separables? O ¿si se identifican aunque se reconozcan notas diferentes a la moral del derecho y al derecho de la moral?**

Esta distinción que se plantea hoy día tiene su origen en los neokantianos y se la plantean aquellos estudiosos que parten de la distinción entre reglas técnicas y normas éticas.

En el Dº hay muchas reglas técnicas y preceptos sustanciales y en la ética también tiene reglas técnicas pero la mayoría son imperativos. Los que se plantean esta distinción, concluyen que el Dº y la moral pertenecen al género de normas éticas y solo ven en el Dº o la moral un conjunto de normas sin adentrarse en su contenido.

- se ocupa del aspecto del lenguaje, su análisis moral o jurídico y entonces distinguen lenguaje descriptivo del lenguaje normativo o prescriptivo.

Cuando un lenguaje es descriptivo se intenta decir que contiene enunciados del mundo del ser, es decir, describe hechos que son verificables y este lenguaje se somete siempre al criterio de verdad-falsedad;

mientras que el lenguaje prescriptivo contiene enunciados del deber ser y su finalidad está en dirigir el comportamiento de los hombres, lo que lleva a que se someta a criterios de validez–invalidéz, pero no sólo a estos criterios sino también a los de vigencia–no vigencia y eficacia–ineficacia. Sostiene que el Dº y la moral tienen enunciados prescriptivos, pero los enunciados morales siempre son valorativos, es decir, se rigen por el criterio bueno–malo, mientras que los enunciados de Dº deben tender a ser neutros o a lo mas a establecer el criterio de conducta jurídica o conducta antijurídica.

- es la que contempla que entre Dº y moral hay unión. Es la tesis de la unidad entre Dº y moral, pero están en relación de la parte al todo y en este sentido la moral es el fundamento entitativo y operativo del Dº. Si Dº se aparta de la norma moral carece de validez porque la moral es mas amplia que el Dº y este no puede contradecirla.

Le reconoce autonomía al Dº porque hay una neutralidad ética en muchos aspectos jurídicos.

- Dº y Moral son dos bloques normativos diferentes. Esta tesis de la separación es el núcleo fundamental de la corriente positivista, según esta corriente la moral se ocupa del aspecto interno de la conducta y el Dº se ocupa sólo del aspecto externo de la conducta.
- Tesis de complementariedad– según esta postura el Dº y la moral son órdenes distintas que se complementan y que se apoyan mutuamente (tesis de la moralidad en el Dº).

Viendo estas posturas tenemos que preguntarnos que es la moral o la ética.

La moral establece reglas de conducta de los hombres, pero hay que tener en cuenta las distinciones de las reglas moral o ética, que dentro de los preceptos morales se dan porque según la postura personal que adoptemos sobre esas opciones escogeremos la mas adecuada a nuestra forma de ser, la que mas se aproxime.

Los principios morales por su origen se distinguen en autónomos(cada uno se establece para si) o exógenos (están en el exterior y se hacen propios).

La persona suele tener una medida de estas dos por su objeto, por los bienes que se tratan de alcanzar en la misma, son absolutos o relativos, cuando se dice absolutos, quiere decir que toda la conducta trata de alcanzar un bien y está encaminada a alcanzar ese bien, mientras que hay otros preceptos relativos, las apetencias que se tienen que alcanzar varían o son varias y que puede cambiar por circunstancias históricas bien por cambios geográficos, temporales...

En cuanto al fundamento, contenido material de la moralidad se divide en ética material o ética formal, lo que se pregunta, que está detrás , es si los primeros principios de la moralidad son formales o materiales, materiales es si tienen contenido o si sólo tiene formas, modos de actuar y no se adentran en el objeto concreto de la conducta, esta clasificación entre materiales y formales tiene importancia para el Dº porque los postulados normativos dentro del mundo del Dº son aparentemente formales pero tienen contenidos materiales.

Finalmente por la forma de comunicarse las éticas, pueden ser significativas o emotivas, es decir, cuando se realiza la conducta moral se realiza sabiendo, consecuentemente del resultado del acto o por azar sin saber las consecuencias que sería la emotiva.

Estas formas traen como consecuencia una relación con el Dº distinta. Formalmente se acepta cualquiera de estas posturas, hay criterios de distinción entre los preceptos morales y el Dº, es decir, entre el Dº y la moral. La moral se refiere a actos internos y el Dº a actos externos, es decir, el Dº nos viene dado siempre y necesitamos la sociedad, mientras que para el precepto moral no es necesaria esta cuestión y los preceptos son los de cada una de las personas.

La 2ª regla de distinción es la que distingue entre que la regla moral es unilateral y en la regla del Dº es bilateral

Hay una serie de preceptos jurídicos que es difícil no señalar que tienen que ver con la moralidad y a la inversa. Se dice que el Dº tiene que tener un minimum ético.

De todas maneras para diferenciar con claridad los científicos establecen cinco vías de distinción que no son del todo claras:

- moral regula actos internos y el Dº actos externos.
- la regla moral es unilateral mientras que el precepto jurídico son bilaterales. Relación de Derechos que está acompañadas de deberes y en la moralidad no hay bilateralidad hay sólo unilateralidad.
- la obligación moral es interna, mientras que la obligación jurídica es externa.
- el origen de las reglas de la conducta es la moral, es uno mismo, es decir, tiene autonomía para regular las normas porque el propio que la determina tiene que cumplirla. El Dº es heterónomo la regla viene dada desde fuera y cada uno la cumple. Hay morales sociales que están basadas en ciertas creencias que invalida el mecanismo propio, porque el individuo hace como propias normas que el mismo no se da, sino que obramos de manera que nuestro obrar sea bien visto, aceptado. También nos encontramos en un momento histórico que determinadas pautas morales se convierten en normas jurídicas.
- se dice que las sanciones(acciones)morales no son coactivas y las jurídicas son coactivas. Sea como sea hay un relación estrecha entre preceptos morales y jurídicos que es muy difícil decir que son sólo preceptos jurídicos y no tienen preceptos morales (estas reglas de separación de Moral y Dº son las que señala la doctrina como mas llamativas, no sirven para separar claramente, pero tienen que servir para orientación de separación).

9.DERECHO Y USOS SOCIALES

En la sociedad y los grupos sociales existen unos modos de convivencia que son tipos de comportamiento que reciben muchos nombres por ejemplo usos sociales que regulan los buenos modales y las relaciones sociales, también el nombre de convencionalismos, también recibe el nombre de reglas de trato social, tenemos todas las normas de cortesía, urbanidad, amabilidad, de estilo verbal, también normas de estilo escrito (epístolas) y algunas incluso bastante rígidas como son las normas de saludo, que los grupos sociales tienen de relacionarse unos hombres con otros. Además de todas estas normas, hay otras reglas que además de cumplir esta finalidad, establecen modos típicos de actuación que se da en la sociedad y entre ellas son muy importantes los usos y costumbres y también las constantes sociales que no son iguales. Ortega le llamaba a ellos los usos, es la palabra usos la equivalente a las costumbres Francesas que es de muy difícil traducción, significa maneras constantes de comportamiento en general son objeto de estudio de la sociología jurídica porque son tipos de comportamiento de estamentos sociales. Tenemos: usos familiares, populares, sociales, locales, comarcales, regionales, profesionales, comerciales, mercantiles, bancarios, bursátiles, navieros, etc. Muchos de estos usos van a tener que estar en roce con los que es el Dº, es muy importante el conocimiento de los usos mercantiles y bancarios.

También hay un uso que tiene una significación para el Dº peculiar, la moda, el mas típico de los usos, el uso recibe la fuerza de su repetición y con la moda ocurre lo contrario(pasarse de moda) sin embargo la moda que recibe su fuerza en la novedad de su contenido pierde su eficacia cuando la novedad deja de existir, moda en este sentido pasado se moda es lo contrario de estar arreglado o conformado a la moda, hay que obrar conforme a lo que determina la moda.

Esa moda tiene dentro de sí una peculiaridad que es el mantenimiento de determinada modas por ejemplo el uso de los trajes regionales. Se utiliza para determinación de un sentimiento de idea de estar en un mundo y que se da mas esta modas se distinguen de un sitio a otro. Si observamos los elementos de repetición, detectamos que hay dos clases:

- ◆ Meros hábitos– manifestación común de un comportamiento, cuyo cumplimiento no parece exigido por el grupo social en el que tiene vigencia. Por ejemplo la hora de comer.
- ◆ Usos normativos– por ejemplo es la forma de saludar. Esa forma si no se sigue levanta el rechazo y la repulsa social, de estos usos normativos hay que señalar rasgos peculiares. Esta serie de usos son un modelo anónimo que determina la costumbre y que se cumple en cada círculo social, desde luego no disponen de un aparato coactivo externo para hacerlas cumplir y sin embargo su incumplimiento recibe dura sanción del grupo, que son mucho mas duras que las que puede imponer el Dº y que no tienen nada que ver con la moral.

Ocurre que en el cumplimiento de estos usos normativos se suele tener mucho cuidado, cumplirlos por miedo a la sanción del grupo por su incumplimiento. 1–También tiene un mandato anónimo, carácter coactivo, que proviene del grupo social o de la sociedad en la que esta vigente. 2–afecta al hombre en su dimensión social nunca como individuo. 3– obliga solo dentro del círculo en el que ese uso esté vigente.

26–11–01

10.DERECHO Y POLÍTICA

La organización general de la sociedad en su sentido amplio hacemos una circunscripción mas pequeña que con el nombre de estado(no en su sentido concreto sino en un sentido mas amplio)y vemos su relación con el Dº.

Para la existencia de este grupo social tenemos que tener en cuenta:

- ◆ territorio
- ◆ población
- ◆ poder dentro de eso

Una vez establecido esto señalamos en que consisten cada una de ellas.

–**territorio**. Como se organiza...

–**población**. Status civitatis, nacionalidad y ciudadanía (señalando que no hay cuestiones políticas no sometidas a dº pero si poblaciones). Elemento fundamental, toda persona tiene que poseer una nacionalidad y toda persona puede escoger voluntariamente el cambio de nación.

–**status extranjería**– (**apátrida, refugiados**).

PODER– dentro de una comunidad tenemos que encararla con arreglo al sistema clasificatorio del pensamiento jurídico y político y las organizaciones de estado que se han producido.

Dos grandes clasificaciones de los Estados:

–**COMPUESTO**. Unión real y confederación

–**UNITARIO**. Centralizado o descentralizado, en este último podemos encontrarnos con:

- . descentralización territorial
- . descentralización política
- . descentralización objetiva por funciones

. descentralización jerárquica

el tema de las formas de estado va unida al concepto de las formas de gobierno que a lo largo de la historia de los últimos 200 años se han producidos cambios. Clasificaciones antes de 200 años, antes de la Revolución Francesa y otras posteriores. Las clasificaciones antiguas se hablaba de monarquía o República, democracia, oligarquía, demagogia...por ejemplo Platón totalmente antidemocrático.

Estas formas se miran de otra manera, hay en la actualidad la siguiente clasificación de formas de gobierno:

. gobiernos absolutos

. gobiernos constitucionales puros monárquicos

. gobiernos presidencialistas

–presidencialismo puro

–presidencialismo con cancillerato

. gobiernos parlamentario

–monarquía, como cabeza(español)

–república

. gobiernos directorial (directorío) . siempre republicano

. gobiernos dictatorial

–dictadura comisoria, constitucional (ante situaciones de emergencia)

–dictadura con soberanía, constituyente anticonstitucional

Toda esta variedad de estado y gobierno tienen su razón de ser por la voluntad de los habitantes de ese territorio, pero normalmente están formuladas a la organización del estado fijada en la constitución que es el modo de estar ordenada una comunidad humana. Estas constituciones tienen muchas clasificaciones entre ellas la constitución escrita o no escrita. Otras clasificaciones... otorgadas, impuestas, etc.

Nuestra regla para enterarnos de cual es la organización lo tenemos en el art. 1 de la constitución española:

españa se constituye en un estado social y democrático de dº y propugna como valores fundamentales de su ordenamiento jurídico, la libertad...*****copiar art*****

descentralizado Art 2

Para entender la constitución se llega a esta conclusión hay que tener unas nociones de lo que es el estado español.

Al iniciarse la edad moderna en el territorio de lo que hoy conocemos como España, existían cuatro estados que son: el reino de castilla y león, la corona de Aragón, el reino de Navarra y el reino de granada. La organización de cada uno de estos cuatro estados era distinta, castilla y león unidos desde 1229 con Fernando III el Santo y a ellos se integran sucesivamente los reinos de Córdoba, Murcia, Jaén, Sevilla y de las islas

canarias en el 1402, en este estado, un estado unitario en el que las instituciones políticas son comunes a todo el territorio y eso significa que todos tienen un mismo *dº* con sus variantes locales. Estaban todas dotadas de enorme autonomía territorial sobre todo a las denominadas provincias vascongadas que estaban dentro con acuerdo. A lado tenemos la corona de Aragón que integraba los reinos de Aragón, Valencia, Mallorca y el principado de Cataluña. El régimen de unión de estos reinos era la unión real, es decir, cada uno de estos reinos formaba una unidad distinta, régimen jurídico y leyes propias cada una de ellas, asambleas propias y lo único que tenían en común era la institución del monarca. Navarra que se incorpora a Castilla en el 1512 pero conservando su gobierno, sus instituciones y su *dº* peculiar y la relación con Castilla es la de unión real que se ha conservado prácticamente hasta bastante avanzado el S XIX.

Granada se anexiona en el 1492 y queda sujeto al régimen de los territorios de Castilla al *dº*.

Se dice que a principios del S XV se produce con los reyes católicos, pero jurídicamente no es así, la subida al trono de Castilla y Aragón no supone una unión de ambas coronas, cada una conserva su independencia, sus instituciones propias, sus propios derechos de sus habitantes y hay una relación plasmada en un documento jurídico que son las capitulaciones de Cervera 1465 y que se complementan con la concordia de Segovia 1475.

El régimen que establecen es el de unión personal, una vez muerta Isabel se rompe esa unión y se independizan los reinos en Castilla para reinar Juana, en el momento de su inhabilitación, dos regencias. Al morir Fernando su heredera es la misma Juana, ante esta situación tiene que ser llamado para dejar las regencias el sucesor de Juana, Carlos I de España y V de Alemania, en el momento que se establece Carlos la unión personal se convierte en unión real y con este sistema de unión real se vive en España hasta el 1700.

Se intenta por parte de los monarcas, centralizar jurídicamente el país, no se consigue. Se produce la separación de el reino de Portugal en el momento que le quieren quitar su autonomía jurídica. Al fallecer Carlos II asciende al trono Felipe IV de Borbón que es jurado como rey de Castilla, Valencia y Mallorca en el 1701 y es jurado por las cortes de Navarra en el 1701, Cataluña y Aragón lo juran en 1702. guerra de sucesión en la que toman partido por el Archiduque, los territorios de la corona de Aragón, lo cual convierte esta guerra de sucesión en una civil entre Castilla y Aragón, Felipe V gana la guerra civil y dicta el decreto del 29 junio del 1707; 1º de los decretos de nueva planta, supresión de los derechos peculiares de los reinos. En 1711 se produce la rebaja, el derecho privado mantiene su normativa peculiar a todos los reinos excepto Valencia. El primero de los decretos de nueva planta de organización jurídica y política el cual establece la unidad del reino de España por mor de costumbre se nombran los distintos reinos pero hay unión jurídica para todo el territorio, este sistema unitario vive hasta el 1809 el cual termina con el nacimiento de la primera constitución española.

27-11-01

11.LA ORGANIZACIÓN DEL PODER Y SUS ÓRGANOS

Lo mismo que el concepto de Estado la organización de poder es la consecuencia de una evolución histórica y sus contenidos también. Actualmente tiene que estar condicionada por el estado de derecho, la expresión estado de derecho es del S XIX, esta idea surge para oponerla a la idea de estado absoluto. Para entender el significado de poder absoluto y estado de derecho tenemos que tener en cuenta que absoluto lo que dice en su sentido es: -a legge solutus- (es decir no está sometido a la ley) hay una pregunta crucial detrás, el rey(jefe de estado) es a legge solutus o no. En un momento de la historia se dice que sí, que no está sometido a la ley, está por encima de ella. dicta la ley pero no está sometido a ella; este planteamiento se produce en un momento histórico determinado. Mas tarde (CONSTITUCIÓN) se dan cuenta de que el gobernante tiene que estar sometido a la ley, ocurre en el S XIX, se basa en los principios:

- estado de derecho supone la sumisión completa a la ley de todos, es decir, rige como principio general el

principio de legalidad. Porque se considera que la ley es la manifestación de la voluntad general que transforma el sistema normativo en un sistema de legitimidad.

La ley se caracteriza por :

- protección completa y garantizada de los derechos y libertades individuales
- se caracteriza porque se establece el sistema para que la organización del estado se conforme a la doctrina de la división de poderes, es decir, que ningún poder pueda imponerse a otros arbitrariamente (concepto técnico).
- se caracteriza por la sujeción de los órganos del estado, especialmente del poder ejecutivo y de la administración pública a un sistema de control, puede ser parlamentario o jurisdiccional, que salvaguarda el principio de legalidad y las libertades fundamentales.

Con estas bases para entender el estado de derecho la idea de poder se sitúa de nuevo en un plano central para su organización, es necesario en toda comunidad y necesita un mínimo de organización y de autoridad dotada de los poderes suficientes para dirigir el funcionamiento de la organización y asegurar la eficacia del estado, en este sentido las otras dos palabras que están en el complejo son el término poder y el término autoridad.

Lo ideal es que el poder lo detente la persona que tenga el saber socialmente reconocido, pero no tiene correlato en el momento presente, el ejercicio del poder lo ejerce en dos esferas:

- hacia el exterior del estado
- hacia el interior del estado.

1—Cuando se habla del primero se utiliza el término soberanía o imperio y cuando se habla del segundo de poder y poderes, en ese sentido el poder político es la potestad por la que la comunidad políticamente organizada se rige por sí misma y a esta soberanía, imperio se la convierte en sujeto de la comunidad jurídica internacional, regulada en el ámbito internacional de una manera extraordinaria, en esta concepción es lo que nuestra Constitución reseña como representante de la comunidad jurídica, el rey (en el caso de España) es la figura hacia el exterior que representa el poder del estado del país. La explicación a la naturaleza de este poder es compleja, se dice que lleva dentro de sí las notas de ser un poder jurídico, que asegura un orden jurídico, indivisible y único, hacia el exterior con diferencia a su configuración interna, autónomo, no esté sometido a otros poderes internacionales y es supremo u originario, no tiene superior en su esfera, goza de plena potestad, plenitud potestatis, plenitud de poder. No tiene ningún estado superior si se relacionase con otro estado sería en pie de igualdad.

2—Estas notas no se ven con esa claridad. Apareció en un momento dado la concepción de que el poder absoluto degenera en abuso de poder. Para evitar ese abuso de poder, cuando se encuentra en una sola mano, se establece la diversificación en el ejercicio del poder, aparecen otros poderes, esto sin perjuicio de que el poder supremo reside en una persona.

Esta situación se conoce con el nombre de diferencia de poderes o separación de poderes. No se trata de separar el poder sino de diversificarlo por sus fines y por sus acciones del mismo con el fin de impedir la concentración y esta separación de poderes es el resultado de la lucha contra el estado absoluto.

Sobre como debe hacerse la separación de poderes es estudiado por Locke en el 2º tratado sobre el derecho civil donde se opone a la concepción y defensa del poder absoluto.

Debido al fragor de la disputa y a su trabajo sobre la tolerancia y la lucha religiosa va a quedar apartado y nosotros la conocemos por Montesquieu que sacó la idea de Locke y aquí queda con Montesquieu esbozada como debe realizarse la separación de poderes. Es el espíritu de las leyes. Aquí se establece la separación de los poderes que encontraremos repetido con frecuencia; ejecutiva, legislativa y judicial.

La concepción actual y la de Montesquieu (juez) tiene grandes diferencias porque esta pensada en sociedades distintas.

Consisten los poderes en :

- ♦ legislativo– creación de las normas jurídicas generales.
- ♦ Ejecutivo– aplicación de las leyes y administración del Estado.
- ♦ Judicial– aplicación de las leyes y el derecho solucionando los conflictos de intereses y las controversias jurídicas, también la fiscalización de la actuación liberal de la administración, del ejercicio del poder ejecutivo.

En la constitución el único órgano que recibe el nombre de poder es el judicial.

*****saberse los artículos al pie de la letra*****

titulo 6 . artículo 117– se nos dice que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados independientes, bla bla. Nosotros escogemos el poder legislativo, el ejecutivo es designado y

*****falta 1 día *****

TEMA 4

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

12.PLENITUD, UNIDAD Y COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

3-12-01

COHERENCIA

Viene a significar que las normas del ordenamiento jurídico guardan una relación de compatibilidad, o sea, excluyen la posibilidad de ser contradictorias. La dificultad está en saber como puede llevarse a cabo esta función de coherencia.

- FORMAL– quien hace el que esta determinada creación y aplicación de las normas jurídicas se hace en función de diferentes delegaciones. La norma superior indica quien tiene que hacer la inferior(sistema escalonado de las normas jurídicas)
- La APLICACIÓN– tenemos que tener en cuenta el poder judicial, la competencia de los jueces(órganos unipersonales, cuando actúa colectivamente son órganos colegiados, salvo la audiencia nacional).
- COHERENCIA MATERIAL– contenido de las normas jurídicas, la exigencia de la coherencia material no impide que existan normas incompatibles, pero que existan estas normas no significa que se rompa el sistema jurídico, sino que esto solo ocasiona la nulidad y aquella disposición que no esta dada por quien tenía que darse o es contraria a la norma superior, se tiene por no puesta.

(nulidad– se tiene por no puesta, diferente de anulabilidad).

Si el sistema de la nulidad es salvable por técnicas del derecho, también aparecen las antinomias dentro del ordenamiento jurídico, contradicciones reales que existen, tienen su origen en muchas causas que se pueden resumir en:

- ◆ por los cambios de estructura política de los países. Tratan de arreglarse por varias vías:
 - ◇ disposiciones transitorias.
 - ◇ Disposiciones derogatorias– cláusula dentro de las normas. Cláusula general, queda derogada cualquier cláusula contraria a esta ley
 - ◇ Originarias y sobrevenidas
 - De las primeras muy pocas
 - Sobrevenidas– lo normal es que cuando empieza una norma se ven los aspectos prácticos de la ley, por ejemplo las disposiciones económicas, un tributo, se dan cuenta de que tratando de reducir la inflación lo que se produce es lo contrario.
 - ◇ Contradicciones técnicas– términos jurídicos que tienen distinta significación en las asignaturas, penal, civil, por ejemplo responsabilidad en política o administrativo, la palabra es la misma pero su análisis es distinto. Se producen por el significado o significante de la norma en cada una de las ramas jurídicas.
 - ◇ Contradicciones de valoración o de principios:
 - Valoración– incidencia en la aplicación del derecho. Desvalorización de la norma que aporta como adecuada la otra parte

PLENITUD (tendencia a ser completo)

El ordenamiento jurídico tiene dentro de sí la tendencia a servir para solventar todos los problemas y casos que se puedan presentar en el mundo jurídico. Es una propiedad del ordenamiento pero expresa más una exigencia que una realidad.

En el ordenamiento jurídico no existen lagunas, todo está cubierto, no hay aspectos que no estén solventados. Esto va a llevar a una formulación dentro del ordenamiento jurídico de algunas disposiciones que impiden que dentro del derecho se den las lagunas. Esta manera de hacerlo completo ha sido una de las constantes de todo el pasado y de el momento en que empieza la codificación.

******Imp******

La fórmula para que sea plena– en el mundo jurídico no hay lagunas, no se pueden producir, donde se puede producir es en la regulación legal, en el ordenamiento jurídico legal hay aspectos que no están regulados por ley.

Hay una norma general exclusiva que llena de plenitud porque se trata de que el ordenamiento jurídico sea un sistema cerrado que pueda solucionar todas las cuestiones que se presentan. Toda cuestión jurídica tiene una respuesta jurídica. El ordenamiento jurídico es un sistema de clausura, esta cerrado dentro de sí; para hacer eso hay un artículo del código de Napoleón (que es el código civil modelo). Dice que : el juez que rehusare juzgar bajo pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia.

En nuestro ordenamiento jurídico vigente lo que dice es que : título preliminar del código civil artículo 1 nº 7 :

los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido

se puede decir que el ordenamiento jurídico es independiente, esto ya lo hemos visto, no está sometido a ningún ordenamiento, es peculiar.

13. LA VIOLACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SUS CONSECUENCIAS

Cuando un sujeto de derecho se comporta de un modo contrario a lo establecido en el ordenamiento jurídico tiene que producirse una consecuencia que es desfavorable. La infracción conlleva una consecuencia desfavorable.

Se dice que realiza una acción antijurídica, es decir, infringe un deber jurídico. La consecuencia desfavorable puede consistir en alguna de estas formas:

- la modificación de la relación jurídica(antijurídica)
- acarrear al caducidad de la situación jurídica de derecho subjetivo que tiene ese sujeto
- la obligación de indemnizar
- una pena.

Siempre se produce alguna de estas situaciones e incluso varias a la vez. Para que exista una infracción en el mundo del derecho, hace falta que se den unos elementos:

a-existe una situación jurídica desde la cual obra el sujeto, puede hallarse:

- obligado genéricamente o específicamente
- puede abstenerse de realizar ciertos actos o de no realizarlos.

b-que exista una norma jurídica que defina la situación del sujeto y sus consecuencias y que en esa norma se establezcan una serie de derechos subjetivos de las partes de las distintas situaciones. En esa norma donde se fija la ruptura acarrea esa consecuencia es la que establece el procedimiento antijurídico.

c-hace falta que exista culpa, culpa del sujeto, porque si no hay culpa del sujeto sólo existe una infracción, por eso se dice que hay responsabilidad sin culpa.

d-hace falta que nazca la consecuencia desfavorable, porque no queda identificado quien realiza esa conducta antijurídica, no hay sujeto a quien imputársela (imputado).

Una vez determinado estos elementos cuando se habla de antijuridicidad, se habla del elemento objetivo y cuando se habla de culpabilidad se habla del elemento subjetivo de la infracción. Cuando se da este elemento subjetivo de la infracción, el ánimo de violar la norma, hecha con conciencia de que se está rompiendo el ordenamiento jurídico se dice que aparece el dolo.

Cuando la infracción jurídica se refiere a determinada clase de acciones que están como tales tipificadas como acciones antijurídicas nos encontraremos con que aparece el delito. Estos son los marcados en el código penal, otros también tipificados o marcados son las faltas.

Cuando se produce el delito e incluso en algunas faltas, la consecuencia es que aparece la pena, que puede darse al lado de la caducidad, de la obligación de indemnizar, etc.

No hay delito ni pena si no hay ley penal, debe estar concebido para que se de a conocer a todo el mundo esta norma y su consecuencia penal. El desconocimiento de la ley es algo que no suele darse. El desconocimiento de la ley no exime de su aplicación y de su cumplimiento.

La consecuencia del delito es la pena y esta consiste en la forma de restablecer el orden jurídico violado, pero esto tiene detrás de sí una gran carga porque la pena no puede consistir porque atentaría contra la humana, sólo puede existir en determinadas circunstancias que se imponen para que el ordenamiento jurídico tenga un remiendo.

Existen doctrinas y concepciones que señalan en que puede consistir la pena y señalan cual es la finalidad

concreta de la pena. Por ejemplo la finalidad puede ser la reeducación o reinserción social de la persona que cometió el delito, reparadora del daño causado, etc.

14 y 15. LA ARBITRARIEDAD. LA ELIMINACIÓN DE LA ARBITRARIEDAD. EL ESTADO DE DERECHO

Sabemos que el derecho cristaliza en un sistema de legalidad, este sistema constituye la forma del derecho, aunque no la esencia del poder, en la evolución constante que representa la vida del derecho, este puede ser negado mediante sus exigencias de fondo o con una violación expresa de su forma.

Nos ocupamos de la negación de derecho como forma, la violación del contenido del derecho como violación de la forma, arbitrariedad. Se produce una infracción pero el momento típico de la violación del derecho en cuanto a la forma es lo que llama arbitrariedad, ataque en cuanto a la legalidad en sí. Estamos hablando de actuaciones concretas que están violando lo determinado en la legalidad.

Tenemos que caer la relación entre derecho y arbitrariedad para decir que es la arbitrariedad y los medios que existen en el derecho moderno para evitar la arbitrariedad y para determinar y fijar el estado de derecho, es una relación jurídica en la que no se puede permitir la existencia de la arbitrariedad.

Nuestra constitución en el artículo 9 párrafo 3º dice queda prohibida la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Interdicción – se hace todo lo posible para parar de raíz lo que se quiera.

La arbitrariedad, negación del derecho como legalidad en tanto que legalidad realizada por el custodio de la misma, por el poder que esté puesto para impedir que se rompa la legalidad, es decir, el poder público y sus diferentes órganos. Con esta definición acabamos de delimitar, separar la esfera de la arbitrariedad de la esfera del delito, así que la arbitrariedad es la conducta antijurídica de los órganos del estado y como pueden realizar esa conducta, en principio de tres formas:

- alterando el procedimiento por el que una norma debe ser determinada.
- Por desconocimiento, impericia del contenido específico de una norma superior que tiene que ser desarrollada por la inferior.
- Por la trasgresión de la esfera propia de competencia ejecutiva

Estas tres posibilidades no se encuentran necesariamente sancionadas por el orden jurídico como delitos. Por tanto la arbitrariedad no tiene porque ser un delito, pero tiene que estar prohibido del orden jurídico. Por eso el derecho y los órganos del poder tienen que tener dentro de sí un sistema que imposibilite la realización de esta conducta que viene dada sobre todo por la organización del poder en cada momento histórico, por las formas de estado y por las formas de gobierno.

El régimen despótico actúa siempre sin someterse al conjunto reglado o cambiándolo a su antojo, es decir, funciona con naturalidad arbitrariamente.

En cualquiera de las otras organizaciones políticas la arbitrariedad siempre se trata de paralizar, mucho más en el estado de derecho.

No sólo se encuentra esta relación entre arbitrariedad y derecho bajo este prisma, sino también la arbitrariedad con los conceptos de justicia o injusticia. Esta relación es también difícil de entender. La arbitrariedad no debe confundirse con injusticia, el derecho puede ser injusto pero puede que ese derecho injusto no sea arbitrario, predicar la injusticia del derecho es un juicio de valor, pero es muy posible que es un sistema exista una legalidad fijada y los órganos actúen conforme a ella y no se dé la arbitrariedad. Está regida por la legalidad vigente, es decir, no es arbitrario pese a que las leyes sean injustas.

Fuera de los casos de puro despotismo o anarquía el acto arbitrario no necesita ser injusto sólo arbitrario, hay arbitrariedad justa e injusta. Es arbitrariedad justa cuando la negación del derecho en un caso dado trae la finalidad de establecer una solución mas justa para el derecho. Es posible que la justicia quede mejor cumplida en un caso concreto con un acto arbitrario que con un acto que siga la estricta legalidad, ahora bien este tipo de arbitrariedad no puede generalizarse porque una mayor justicia aplicada a un caso concreto se convierte en privilegio injusto en relación a los demás casos que tienen derecho a un tratamiento igual, puesto que son regulados por las mismas normas, cuando se da esta situación nos encontramos ante una injusticia.

La mayoría de las veces la arbitrariedad es de un acto injusto. La arbitrariedad sólo se puede realizar por los organismos públicos que son muchos, en principio todos los poderes públicos están vinculados a determinados órganos estatales regulados por normas jurídicas que establecen su forma de actuar.

- Esta cuestión nos lleva a poner en relación la arbitrariedad con el tema de el poder discrecional de la administración, para poder actuar las personas que desempeñan los poderes públicos tiene regulación, pero hay resquicios de actividad no sometida a reglas y a esta actividad se le llama discrecional, puede actuar a su criterio, se produce en muchos casos el roce entre la actividad discrecional y la actividad arbitraria.

No se determina en la legalidad como se tiene que obrar en este caso; el problema de la arbitrariedad se plantea hoy muchas veces como el problema de la regularidad o irregularidad jurídica de determinados actos estatales, es decir realizados por determinados órganos del estado.

Los actos irregulares, se les llama también actos estatales viciosos o defectuosos y desde luego el acto arbitrario es siempre un acto estatal defectuoso, este defecto se puede arreglar, pero a veces este acto se hace a sabiendas, con intención de vulnerar la norma a aplicar y en este caso nos encontramos con la arbitrariedad que no sólo tiene que se paralizada, sino también castigada.

Es decir sobrepasar intencionadamente los límites establecidos por las normas, por los órganos de poder o sus agentes es una acción que tiene que estar castigada por el propio orden jurídico.

11-12-01

La juridización de todas las esferas de la actuación estatal, se produce en la Edad Media porque supone el triunfo del Dº, pero si bien esa es la bandera de la lucha de otro valor jico que es la seguridad y el orden que tiene como consecuencia la eliminación de toda arbitrariedad y para ello se afirma el principio de la primacía de la ley. Una vez que los principios quedan plasmados en las constituciones esta situación se sustituye por un intento de consolidación de estos principios alcanzados, el modo en todo el S XIX de la manera de hacerlo llevo a adaptar a las personas a tomar la manera individualizadora.

La seguridad de las situaciones adquiridas y el respeto a las libertades logradas, sólo lo puede garantizar el imperio de unas normas jicas abstractas. Este imperio de la ley evitó el ejercicio de la libre autoridad , la libertad de los ciudadanos solo es posible a costa de la libertad de los funcionarios, todo posible poder arbitrario de un funcionario es considerado como algo que tiene que ser suprimido.

Esto va a tener sus repercusiones en el ejercicio de la actividad de los tres poderes:ETAPAS

1-se trató de limitar el arbitrio judicial , el juez sometido al imperio de la ley.

2- s XIX en adelante juridización total de la actividad de la administración del estado.

3-es la época mas cercana a la nuestra, se tiende a la eliminación de la arbitrariedad luchando por la instauración de una justicia constitucional.

1.-Encorsetar la actividad judicial es muy difícil y hoy en día incluso se tiene que tender a abrir la mano , pero son resquicios.

2.- justicia administrativa para controlar la actividad de la administración como control jurisdiccional de los actos administrativos de manera tal que cualquier administración pública va a resolver las peticiones a través de actos administrativos, comunicados a los interesados y susceptibles de un control en un primer momento por la propia administración si cabe alguna modificación. Acto recurrible hasta que termina la vía administrativa mas tarde son recurribles por la vía jurisdiccional; jurisdicción contencioso administrativa. Cualquier ciudadano que tenga relación con la administración puede ir en contra de la misma con todas las garantías de que si es un acto arbitrario los tribunales de justicia va a obligar a cumplirlo.

Esto lo regula la ley de procedimiento administrativo común. La gran ley de los contencioso del Estado.

Este sistema se establece para evitar la arbitrariedad en la administración.

En su inicio esto es un gran avance, para respetar los derechos individuales. En este camino hay un voto de desconfianza de la administración y un voto de confianza en la justicia.

Toda la actividad administrativa tiene que transcurrir de una manera jica y el dº se convierte en la manera. El problema también está en que la ley pueda permitir que nazca un acto viciado tiene que abrirse otra posibilidad de control, tiene que estar constreñidos esta situación.

3.- este es el último gran paso, la instauración de la justicia constitucional o la posibilidad jurisdiccional de las leyes, con la aparición de la justicia constitucional , tiene dos vertientes:

- ◆ control de las leyes que se dictan.
- ◆ A quien corresponde ejercer este control.

Este control es posible y el sujeto adecuado para controlarlo mediante el tribunal, que tiene un referente la norma básica que es la constitución. Este sistema es el que cristaliza en el estado de dº como limitador de la arbitrariedad y que esto sea algo peyorativo en el sistema.

Siempre queda la posibilidad del ejercicio de la actividad discrecional, cuando una actividad entra dentro de esta discrecionalidad y si pasa es peor. Esto hace que el sistema actual del estado de dº afirma.

- ◆ la existencia de una concepción donde el ord jico
- ◆ afirmación de derechos humanos fundamentales
- ◆ sistema de responsabilidad de la admón. Y de los recursos contenciosos administrativos correspondientes.
- ◆ Control jurisdiccional de la legislación para mantener la legalidad, garantizar las libertades políticas y sociales estableciendo garantías oníricas para cada una de las personas.
- ◆ Responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes jurídicos.

TEMA 5

LA OBEDIENCIA AL DERECHO

16.DISTINTAS FUNDAMENTACIONES DE LA OBEDIENCIA AL Dº

La idea del deber que tenemos es muy amplio, no se puede perfilar porque a nosotros lo que nos interesa es el deber jurídico, dentro de todos los deberes.

Cuando hablamos de deber jurídico hacemos referencia a la situación en la que se encuentran las personas respecto a una norma jurídica; sobretodo cuando en el ordenamiento jurídico nos encontramos con las normas prescriptivas– el deber jurídico surge sobre todo de estas normas pues manda la realización de una conducta y surge en el sujeto la obligación de cumplir esta conducta.

El deber jurídico siempre surge porque una norma impone una conducta y al la vez surge el deber de cumplir eso que está mandado en la norma.

La obligación– que existe una obligación conlleva que yo pueda no cumplirla; si la norma me obliga a realizar una conducta contraria a lo que yo creo puede detraerme al cumplir esa obligación, ¿ hay obligación ética de obedecer el derecho? Tradicionalmente se dice que existe obligación ética de obedecer al derecho, siempre que el derecho reúne una serie de requisitos:

Las distintas concepciones jurídicas varía en la fijación de estos requisitos. Por ejemplo el IUS natural exigía como requisito que lo establecido por el derecho positivo estuviera en relación con lo fijado en el derecho natural, entonces cuando el derecho es injusto existe la obligación ética de desobedecerlo.

La dificultad está en fijar las notas del derecho injusto. Si se determina que es injusto moralmente tengo que desobedecerlo.

Sea como sea lo que aparece es un conflicto entre lo que ordenan las normas jicas y lo que ordenan las normas morales, a cual tengo que acogerme. Es posible encontrar un fundamento ético para desobedecer el derecho , los imperativos de la conciencia son mas importantes que las obligaciones que surgen de la norma JICA .

Si lo planteamos a la inversa se puede encontrar un fundamento ético que obliga a obedecer al derecho siempre y sin dudar.

TEMA 6

LA CIENCIA JURÍDICA

19. DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Es muy complejo elaborar la ciencia jurídica entera, por ello se suele desdoblar en ciencias jurídicas más concretas. Si vemos el derecho como un conjunto de normas, estas se pueden agrupar en sectores de la vida social ya que tratan de resolver el mismo tipo de asuntos y tienen caracteres en común. Hay otras que son distintas y se ocupan de asuntos totalmente distintos.

Una vez acudimos a una norma en concreto hemos de consultar, además, otras pero nos centramos en una parte del ordenamiento (en una norma concreta).

Esos grupos de normas conforman las disciplinas jurídicas, que son en general ramas autónomas de derecho. Por ello, hemos de tener en cuenta y claro el concepto de cada disciplina jurídica y dentro de ella, unas normas concretas. Así el concepto de la disciplina, es importante porque también nos señala un método para acercarnos a esas normas.

El concepto de la disciplina es además importante porque se nos reseñan los principios generales del derecho de esa disciplina, además del conjunto de normas supletorias y la fijación de la jurisdicción competente.

Hay ciencias jurídicas particulares que se consideran autónomas. La noción de la autonomía jurídica no supone la separación (distinción) de las ramas del derecho sino un tratamiento científico separado, exigido por la complejidad de la vida social y el conjunto normativo producido en cada sociedad.

La excesiva parcelación del derecho es subdisciplinas también es malo, no es correcto, porque se deja de ver la unidad general del sistema y porque no existen tantos órganos especializados en la solución de problemas concretos.

Al hablar de autonomía científica de una disciplina,, estamos hablando de la identificación de un sector de relaciones sociales, que se rigen por unos principios comunes y que tienen un método de explicación y de análisis propio.

Al lado de estas disciplinas también tenemos en el mundo jurídico una serie de ciencias conocidas como disciplinas informativas que suelen carecer de principios generales comunes y comparten el método de las disciplinas generales; estas disciplinas informativas se delimitan por su operatividad. Así existe un derecho presupuestario, derecho notarial, derecho espacial...

Cada una de estas normas informativas, en lo que es la ciencia, está englobada en cada una de las disciplinas generales.¿cuál es el criterio general para hacer la clasificación de la que sacamos las ciencias autónomas?

Para ello dividimos las disciplinas en la categoría general de Derecho Público y Derecho Privado.

Esta distinción entre disciplinas de derecho privado y derecho público goza de predicamento, es utilizada desde las épocas más remotas(obras de Aristóteles). Pero empieza a aparecer con fuerza operativa en el Derecho Romano cuando empieza a tomar fuerza la civitas sobre las gentes(Pretor: figura de derecho público).

Ulpiano dice que: el derecho público es el que afecta al estado romano; derecho privado es el que corresponde a la utilidad de los particulares.

Esto no debía estar claro ya que el mismo autor especifica que el derecho público recoge lo relativo al culto, a los sacerdotes y a las autoridades mientras que el derecho privado es tripartito: puede ser analizado y mirado desde tres perspectivas porque reúne preceptos de derecho natural, de derecho de gentes y de derecho civil.

Esta distinción no va a ser igual en la Europa de estos momentos; para los pueblos germánicos el derecho es único(no distinguen entre derecho privado y derecho público). Aún así esta distinción se deja sentir aunque no sean conscientes de ello.

Empieza a retomarse la distinción entre dº pub y dº priv en el siglo XVI alcanzando su más alta cota en la época de la Revolución Francesa porque las ramas de una u otra clase quedan plasmadas en las codificaciones.

Al lado de esa codificación, nos encontramos con las otras codificaciones: las agrupaciones de las cuales las codificaciones más importantes son las leyes civiles y penales. Decir, a este respecto que la codificación de todas las normas civiles se convierten en algo muy importante en las relaciones particulares de derecho privado.

La agrupación de todas las normas sancionadoras, se convierte en codificación de derecho público porque este es el único que puede sancionar y gracias a ello, es el poder público, el del Estado.

Los estudiosos se dividen en tres grupos a este respecto:

- **DUALISTA**–considera que es muy necesario que exista la distinción entre derecho público y privado.
- **PLURALISTA**– considera que esta división es incompleta, que es necesario añadirle algo más.
- **MONISTA**– considera que la división entre derecho público y privado es baldía, no sirve y por tanto sólo tiene que haber un estudio, bien del derecho privado, bien del derecho público.
- **DUALISTAS**

- Teoría del interés
- Teoría patrimonial
- Teoría de la función de las normas
- Teoría de la forma de protección
- Teoría de los sujetos
- Teoría del Ius Imperium
- Teoría de los principios de comunidad e individualidad
- Para los que sostienen la teoría del interés, lo esencial de la distinción es que las normas de derecho público defienden los intereses públicos o comunes; las normas de derecho privado defienden los intereses particulares.
- Según la teoría patrimonial tiene que existir la distinción ya que el contenido del derecho privado es el derecho patrimonial que tutela intereses económicos, mientras que el derecho público tutela intereses generales, no medidos económicamente.
- La teoría de la función de las normas es sostenida en España por Giner de los Rios. Esta teoría distingue entre derecho público y privado pero dice que son normas de derecho privado las que se ocupan del Ius Dispositium y de derecho público las que se ocupan del Ius Cogens.

Cuando las normas de derecho se crean, es para solventar problemas determinados, bien sea por el ius dispositium o por el ius cogens y tendrán por tanto las características de uno u otro.

IUS DISPOSITIUM– conjunto de normas que permiten hacer algo y tienen su eficacia condicionada a que se haga ese algo; respetan además la iniciativa de los particulares para realizar ese algo.

IUS COGENS– conjunto de normas que tiene la eficacia incondicionada la regulación que establecen se impone a los particulares.

Hay una parte del derecho que no queda encajada en esta clasificación.

- La teoría de la forma de protección también admite la distinción entre ambos tipos de derecho. Aunque está hoy día desfasada, tuvo su origen en el siglo XIX. Según ella, son normas de derecho privado, aquellas cuya defensa se actúa mediante petición de parte y derecho público aquellas en las cuales se actúa mediante oficio.

Esta concepción ha sido superada, porque es muy poco específica, por otras corrientes o teorías científicas.

- Para superar esto, surge la teoría de los sujetos que dice lo siguiente: si en una relación jurídica actúa el Estado, sea cual sea la acción jurídica en la que actúe el estado esta se rige por derecho público; en las relaciones particulares siempre regirá por el derecho privado.
- Esta teoría superada por la teoría del ius Imperium que se basa en la relación del Estado y sus órganos.

Cuando en una relación jurídica el estado y sus órganos se relacionan con los particulares, lo lógico es que sea de derecho privado, excepto cuando el estado o sus órganos tienen ius Imperium, entonces esta relación es de derecho público.

Si hay ius Imperium se actúa dotado de potestad y por ella la relación entre ambos derechos va en función de la cualidad del sujeto. Esta teoría del Ius Imperium está todavía en uso.

****en las relaciones de derecho privado los sujetos son iguales; en las relaciones con ius Imperium no.

- Según la teoría de los principios de comunidad e individualidad, pertenecen a derecho privado todo el derecho basado en la personalidad y la individualidad. Por tanto, las normas que regulen la situación de la persona y el reglamento de sus fines son de derecho privado, mientras que el derecho público tiene como

fin el principio de comunidad y todas las normas que regulen la comunidad, los grupos humanos y sus fines, son normas de derecho público.

Esta concepción fue desarrollada por Federico de Castro y son Demófilo Debuel que dicen que son relaciones de derecho privado, aquellas reguladas por la justicia conmutativa mientras que son de derecho público las reguladas por la justicia distributiva.

- **Justicia conmutativa**—significa el reparto por igual entre los sujetos que hay para repartir.
- **Justicia distributiva**— se tienen en cuenta los elementos participantes y los que no pueden por una u otra circunstancia participar de ese reparto; en ocasiones no se realiza el reparto equitativo. Es un reparto igual pero no para todos igual.
- **PLURALISTAS**

Estas teorías no tienen nombres fijos, son conocidas por los autores que las formulan.

- Puchta — pertenece a la escuela histórica y divide el dº en derecho público, privado y eclesiástico. Señala que es necesario conocer también las normas que se esconden tras el dº eclesiástico.
- Ciau— (autor italiano) dice que acepta la división entre derecho público y privado pero dice que el dº de familia es un derecho peculiar (que no se incluye ni en el dº público ni en el privado) que tiene que ser reconocido por el Estado pero la regulación del mismo tiene que hacerse por la propia familia. Esta postura va a dar en la línea de flotación de la mayoría de las concepciones jurídicas. La regulación de la familia no tiene por tanto, nada ni de dº público ni de dº privado.
- Gieulle: introdujo un elemento más a la distinción entre dº público y privado. Este autor dice : al lado del dº privado y del dº público existe con peculiaridad propia el dº social, identificado como el dº de las asociaciones humanas y de las cooperativas.

Este añadido es digno de tener en cuenta porque significa que se está viendo con mucha fuerza otra parte del dº: el derecho social.

Al lado de ello, comienza a enfocarse lo que hoy se conoce como derecho del trabajo. Las cooperativas y el derecho cooperativo tuvo gran fuerza en estos momentos y una de las avanzadillas fue la creación de las sociedades económicas de amigos del país.

Como consecuencia del desarrollo industrial comienzan a aparecer las asociaciones de los trabajadores que aparecerán en Europa con más fuerza en Bélgica.

3)MOVISTAS:

Sólo existe una clase del derecho. La mayoría sostienen que no hay más derecho que el público y que la clasificación en derecho privado no tiene razón de ser.

La concepción que hoy en día tiene más relevancia es la de Kelsen que sostiene todo el Derecho es público, para ello escribe La Filosofía pura del derecho con la que quiere decir que hay que hacer una ciencia del derecho de la que se excluyan todas las facetas que hay en el dº donde el derecho privado tenga algún tipo de preponderancia dentro del propio derecho en detrimento de la ley.

Todo tiene que estar determinado en la ley, no hay otra fuente de dº.

Hace una unión entre derecho y estado. Entonces para que exista esta unión debe ser excluido lo privado. Todo ha de ser público.

Además para Kelsen el sujeto del derecho es la norma jurídica, no el ser humano como en la Filosofía del

derecho.

Basándose en una concepción hegeliana también se produce la exaltación del Estado que produce la disminución del dº privado y la supremacía del público. Así para la concepción del nacional-socialismo se considera inútil la distinción ya que el derecho privado está dentro del público ; todo es derecho público, del Estado.

Para la concepción estalinista todo el derecho es creación del derecho público. Lo mismo ocurre con la interpretación marxista del derecho (materialismo histórico).

Estas dos posturas(estalinista y marxista) son más de ciencia política que jurídica.

Ahora hay que delimitar las materias incluidas en el derecho público y en derecho privado:

20. DISCIPLINAS DE DERECHO PÚBLICO:

derecho político, derecho administrativo, derecho penal y derecho financiero.

1.1DERECHO POLÍTICO: Estudia el conjunto de normas jurídicas relativas a las funciones del Estado y de las instituciones. También se denomina derecho constitucional (fundamentación y valoración de las normas jurídicas que regulan).

1.2DERECHO ADMINISTRATIVO: suele ser definido como el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización y actividades de la administración pública.

Hemos de determinar qué se entiende por administración ya que tiene distintas acepciones y se emplea con distintos significados. Se habla de ciencia de la administración, contabilidad y economía de empresa, técnicas administrativas... eso supone la dificultad de precisar el concepto de administración que además tiene una serie de sinónimos: gobierno (gobernar es administrar), gestión (gestionar es administrar en un determinado sentido).

Si tratamos de concretar, podemos decir que la administración a la que nos referimos en nuestra definición de derecho administrativo es: al actividad encaminada a la gestión, cuidado o mejor empleo de determinados medios para alcanzar, conseguir o proteger ciertos intereses(propios o ajenos).

El campo de las actividades de administración tiene carácter dinámico lo que lleva a poder reseñar que la administración es una función. La finalidad de esa función es la protección de ciertos intereses que son los intereses públicos.

La administración pública es la actividad o función dirigida a la satisfacción de intereses colectivos generales conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

La consecuencia que se deriva de estas nociones, es que la función administrativa se lleva a cabo a través de una serie de actos que son los actos administrativos y para realizarlos la administración suele tener la potestad reglamentaria.

Las notas que se desprenden de esta definición: la determinación del interés público depende de los fines que el propio Estado establezca con las decisiones de gobierno y por la actividad política que son las decisiones políticas que se llevan a la práctica mediante actividades administrativas.

La actividad administrativa tiene un poder al que se subordina que es el poder ejecutivo, siendo por tanto una actividad subordinada.

Otra de las dificultades con la que nos encontramos, es que en ocasiones hay que separar las actividades del ejecutivo de las de la administración y en otras ambos aparecen unidos.

Podemos decir además que la actividad de la administración es una actividad jurídica(juridicidad de la administración) sujeta al ordenamiento jurídico y dentro de este, sujeta al principio de legalidad debiendo realizar todas sus actividades de acuerdo con él. Es por tanto una actividad reglada.

Sólo dentro de unos límites permitidos por la legalidad, por la regla, solamente cuando esto lo permite, la actividad de la administración puede ser discrecional (realizada según su opinión) sin que en ningún caso en esta actividad de la administración quepa la arbitrariedad.

Se pretende con ello, impedir que se caiga en los dos vicios de la actividad: desviación y abuso de poder.

La actividad administrativa es además una actividad dotada por el ordenamiento jurídico de una posición prominente(trata de alcanzar los intereses generales frente a los particulares; en ocasiones se limita por tanto la actuación de los particulares). Es además una actividad racional y organizada donde se tratan de obtener los mejores resultados mediante criterios razonados y razonables.

Es de interés la postura de Recaseus a este respecto: habla de la lógica de lo razonable: lo más oportuno en un momento adecuado.

La construcción de la ciencia de la administración es el análisis de la actividad y funciones de la administración pública que se convierte así en una función objetiva de lo que es administrar.

El contenido de la función que realiza es lo que se conoce como acepción acra ¿?? de la administración.

Para regular esta actividad nos encontramos con dos normas:

- de organización: regulan la estructura.

2.De actuación: regulan la función administrativa a realizar.

El derecho administrativo es una disciplina relativamente reciente y se construyó con los principios que regían en el siglo pasado, pero adaptándolos.

Los principales principios que regulan la actividad administrativa son los siguientes:

- principio de legalidad que está unido con el principio de la jerarquía normativa(leyes organizativas, ordinarias....)

en la organización del Estado Español hay una supremacía del poder legislativo sobre el ejecutivo, pero el establecimiento de la jerarquía normativa se realiza de acuerdo con un conjunto de actuaciones normativas que se entrecruzan.

- Principio de la seguridad jurídica –Juridicidad de la administración: que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos y asegura el que se les pueda pedir responsabilidades.
- Principio de la sujeción– párrafo 1, art. 97 en el que se dice:

el gobierno dirige la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo a la Constitución y a las leyes.

Nuestra Constitución somete a la función administrativa a la ley y leyes, al derecho.

En el párrafo 1 del art. 103 se dice lo siguiente:

la administración pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Se establece además el principio de publicidad de la administración pública y el principio de contradicción de actuación administrativa en el art. 105 en el que se dice:

La ley regulará.:

- la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
- El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.
- El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.
- También va a aparecer con respecto al tema de la administración, el principio de igualdad, que se refleja en el art. 23 de nuestra Constitución, en el que se dice que: todos los ciudadanos tienen derecho a participar en asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
- También se dice en este art. :Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes

En el párrafo 3º del art. 103 se establece de acuerdo a que requisitos o principios se da esta igualdad:

la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Dentro del derecho administrativo rige también como principio general esta actividad, en los principios sancionadores y disciplinarios.

También aparece reconocido el establecimiento dentro de los tribunales jurídicos del control de actuación administrativa, lo cual permite declarar la ineficacia de determinados actos art. 106: los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

1.3.DERECHO FINANCIERO

Es una de las disciplinas más recientes de la Enciclopedia jurídica. Se produjo hacia el año 1970.

Nace debido a la necesidad de someter a un tratamiento especial al conjunto de disciplinas administrativas. La construcción científica de esta ciencia es esencialmente obra de italianos. Aunque también sería de interés señalar a los alemanes(profesor Foge) y a los españoles(Sáenz de Bojanza).

El derecho financiero estudia el conjunto de normas jurídicas relativas a la obtención, gestión y aplicación, además de la fiscalización de los medios económicos necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado y los entes públicos y las relaciones que nacen entre las administraciones públicas y los particulares.

A continuación expondremos los principios de derecho financiero:

- **principio de legalidad tributaria**
- **principio de capacidad contributiva.**
- **principio de generalidad impositiva**
- **principio de finalidad económica.**
- **principio de seguridad tributaria.**
- **Principio de legalidad tributaria:** este principio entendido en carácter genérico no es lo mismo en cada una de las materias.

Este principio es taxativo ya que en el párrafo 3º del art. 31 de la Constitución se nos dice: sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.

Con ello se está refiriendo a un derecho y a un deber de los ciudadanos.

El principio de legalidad tributaria viene completado en otros lugares de la Constitución, art. 133(título 7º– economía y hacienda)

Art. 133 párrafo 1: la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante ley

Art. 133, párrafo 3: todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley.

Es un principio de legalidad rígido y referido a la faceta del establecimiento de los tributos.

- **Principio de capacidad contributiva:**

Se refiere a quien tiene que aportar el dinero. Esto aparece también en el art. 31 párrafo 1 : todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad, que en ningún caso tendrá alcance confiscatorio. Ésta es una garantía Constitucional muy importante.

Al hablar de todos se sobreentiende a las personas que están en España, y en algunos casos, incluso a las que no lo están; esto se hará en proporción a su capacidad económica. No es esto voluntad del contribuyente sino que así lo determina un sistema tributario justo (el principio de igualdad y de progresividad jugará un gran papel a la hora de determinar lo que ha de pagar cada uno).

¿ para que se aporta este dinero? Para afrontar los gastos que el estado y todo el pueblo español tenga necesidad de realizar.

En el párrafo 2º del art.31 se dice a este respecto lo siguiente:

el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. Esto significa que las aportaciones al Estado se realizan para que reviertan en el todo. Tendrá que recaer de nuevo en los que han contribuido y los que no tienen capacidad contributiva pero forman parte de ese todo. Esto se realiza mediante el principio de redistribución equitativa.

- **Principio de generalidad impositiva:** ley general que afecta a todos con las precisiones señaladas. Significa que no puede haber, según nuestro sistema, unas leyes de privilegios para determinados asuntos y situaciones, la generalidad es para todos.
- **Principio de finalidad económica:** está reseñado en nuestra constitución en el art. 128,párrafo 1º(título VII, Economía y hacienda) toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere

su titularidad está subordinada al interés general; esto ocurre tanto en los bienes de titularidad pública, privada, comunal...

En nuestra constitución hay más artículos que hablan de la finalidad económica.

- **Principio de seguridad tributaria: va a ser una concreción del principio de seguridad jurídica que se refiere a que el conjunto de aportaciones que debemos realizar deben estar reseñadas y fijas para saber lo que tenemos que pagar. Esto debe realizarse con antelación.**

Ya por último decir que hay una ley general tributaria, ley de financiación de las comunidades autónomas, ley de las haciendas locales, leyes de tributos de impuestos y en ocasiones, algún decreto legislativo que suele acompañar a la ley general de presupuestos.

1.4 DERECHO PENAL

estudia el conjunto de normas jurídicas que determinan las conductas y acciones ilícitos y las sanciones que el Estado en su derecho de castigar IUS PUNIENDI impone a los infractores, así como el conjunto de normas que se refieren a las medidas preventivas o reparatorias.

Los principios que rigen el derecho penal son los siguientes:

- **Principio de legalidad a + construida una ciencia se reducen**
- **principio de culpabilidad sus principio pero se complica su**
- **principio de moderación contenido.**
- **Principio de legalidad:**

Significa algo muy concreto y va a estar regido a su vez por dos subprincipios trascendentales:

- El primero: nullum crime, nulla pena, sine previa lege penale(no existe crimen ni pena sino existe una ley penal previa).

Esto significa que el principio de legalidad penal, está regido por el principio de tipicidad: la conducta delictiva ha de estar tipificada para que pueda ser castigada por la ley.

También rige en este sentido el principios de irretroactividad penal: la ley penal no tiene efectos retroactivos.

Hay un conjunto de delitos que siempre están castigados como delito; hay otros sin embargo que sólo lo están en determinados momentos.

Cuando decimos que la ley penal no tiene efectos retroactivos, estamos diciendo que nadie puede ser condenado dos veces por la misma acción, por el mismo hecho: a una persona que ha sido juzgada no se le puede juzgar por el mismo delito.

En terminología latina esto significa: NON BIS IN IDEM (no dos veces por lo mismo).

Este principio, en resumen quiere decir que si una persona es acusada de una acción delictiva y es condenada, si esa acción de condena es mayor o menor que otras que son colaterales, esta persona no puede ser juzgada de nuevo ya que esto iría en contra del principio de legalidad.

- El segundo aspecto importante es que no se puede imponer pena sin un juicio legal (NULLA PENA SINE LEGALI IUDICIO). Para que una persona sea sancionada es requisito sine quantum que se abra un proceso penal del cual, como resultado del mismo la persona será o no exculpada o sancionada.

En nuestra constitución se recogen una serie de garantías en las que se establece lo siguiente:

- **1º garantía:**

toda persona en un juicio pena debe estar asesorado por un perito en la materia, por un letrado; tiene derecho a ello y si él mismo no lo escoge o elige existe la obligación de proporcionarle un abogado de oficio.

- **2ª garantía:**

toda persona acusada debe conocer desde el primer momento el delito por el que está imputado. Esto debe hacerse en el idioma y forma que el imputado comprenda.

- **3ª garantía:**

tras la sentencia firme en la cual se declara la culpabilidad del acusado se tiene que proceder a la ejecución de la sentencia con una serie de garantías procesales.

Dentro de la garantía judicial, se señala en Filosofía del Derecho que el juicio debe ser público.

****En el sistema español el juez que comienza las investigaciones del delito no puede juzgar ese caso****

- **Principio de culpabilidad:**

Este principio se basa en la siguiente expresión: NULLUM CRIME, SINE CULPA, lo que va unido a los siguientes subprincipios:

1º– en primer lugar la presunción de inocencia para todas las personas. Quien tiene o debe probar la culpabilidad es quien acusa.

2º– la presunción de indefensión tiene que existir en el proceso, una parte que tiene como rol fundamental poner en duda las manifestaciones de culpabilidad que impone el acusador.

Esto se rige por el principio fundamental de que todo ser humano tiene derecho a defenderse y ser defendido.

3º–el análisis exhaustivo de todas las circunstancias que exclutan o atenúen la responsabilidad criminal.

- **Principio de moderación:**

Es el más moderno de los aspectos dentro de la ciencia penal. Tiende a que se exija proporción entre el delito y la pena.

Históricamente la ley del talión ojo por ojo, diente por diente, era un principio moderador debido a que establecía cierta proporción.

También la esclavitud(ya no los exterminaban, los sometían) era de algún modo un principio moderador.

Tiene que hacerse una interpretación legal para favorecer al reo, tiene que producirse la abstención de la actuación judicial sobre conductas reprobables pero no penadas. (*)

Es importante señalar que la irretroactividad de la ley penal decae cuando favorece al reo.

(*) la máxima de in dubio pro reo tiene que entenderse como una fórmula que se le da a la jurisprudencia para

interpretar las leyes penales; las leyes penales sólo se pueden aplicar a los supuestos matizados en dicha ley. Esto quiere decir que sobre las leyes penales no cabe la apelación a la lógica, aunque se tenga conciencia de un acto dañino si este no aparece en la ley no puede ser castigado.

Nuestro sistema tiene arbitrado un sistema o procedimiento por el cual un tribunal de lo penal puede acudir al gobierno denunciando la existencia de conductas mal tipificadas o excesivamente castigadas, para que estas sean modificadas.

Al lado de esto, el principio de moderación trata de regular o suprimir las penas rigurosas o los sufrimientos innecesarios en la ejecución de las penas(así, están prohibidas por la constitución, las penas difamantes o degradantes).

Se ha de señalar asimismo para que se imponen las penas: reparación o restablecimientos del daño, reeducación y reinserción de los reos en la sociedad. Como puede verse esta concepción ha variado a lo largo de la historia.

21. DISCIPLINAS DE DERECHO PRIVADO

• DERECHO CIVIL

Determinar su naturaleza jurídica por su origen etimológico no nos aclara nada(derecho civil– derecho de la ciudad contrapuesto con polis que en Griego también significa ciudad).

El derecho civil está encuadrado en el derecho privado desde el derecho romano y sobre todo desde Gaio. Desde aquí sufrió muchas modificaciones, así, en su origen es una parte del derecho privado dentro del derecho romano o dicho de otro modo el derecho civil es el derecho nacional(de cada pueblo del romano en este caso). Pero este derecho romano civil es más que nada el derecho quiritario y al lado de este surgió un derecho peculiar el ius gentium. El derecho quiritario se va transformando y con la interpretación de los juristas, este derecho civil aparece contrapuesto al derecho pretorio que tiene cierto parecido con el ius gentium (el pretor peregrino hace normas); con ello, el derecho civil va transformándose.

Entran nuevos derechos y llega un momento en el que por ser más práctico, los ciudadanos romanos emplean en las relaciones entre los particulares el derecho pretorio y van dejando de lado el quiritario.

Por el edicto de Caracalla 212, al dar la ciudadanía a todos los habitantes pueden elegir el derecho, pero el derecho pretorio va progresivamente desplazando al quiritario. Así este desplazamiento es recogido en la compilación Justiniana.

Ya durante la edad Media, cuando se habla de derecho civil se refieren al derecho romano tal y como está conformado en la compilación Justiniana. El derecho de tal compilación tiene unos ordenamientos jurídicos recogidos de distintas fuentes(fueros, costumbres....)y alguna vez hay algún atisbo de derecho romano aunque en occidente pierde vigencia hasta el SXII, momento en el que se produce el fenómeno conocido como Recepción donde vuelven a estudiarse las compilaciones justinianas.

Este derecho no perdió vigencia en Oriente , que seguía rigiéndose por el derecho romano.

Con el paso del tiempo, este derecho de la recepción pasa a llamarse de nuevo ius civile en contraposición con los otros derechos locales vigentes: dº estatutario, fiscal, fueros, derecho canónico...

Este ius civile tiene una función, se convierte en el derecho común, esto quiere decir que se aplica para suplir las deficiencias que puedan encontrarse en los otros derechos.

- **Derecho mercantil:**

Está muy bien estudiado y es muy práctico. Tiene una naturaleza coyuntural y su naturaleza científica es muy compleja y discutida.

En el año 1868 se obligó a que los comerciantes tuvieran que acudir a la justicia ordinaria.

Hoy día el derecho mercantil tiene gran fuerza y esta rigiendo todo lo que es el derecho marítimo, el derecho de los fletes... todo ello está regido por derecho mercantil.

Las relaciones de derecho bancario también están incluidas dentro del propio derecho mercantil.

- **Derecho Agrario:**

Es una norma jurídica con contenido impreciso. Está detrás lo que denominamos empresa agraria, bien familiar, bien de otro tipo.

- **Derecho de trabajo:**

Se discute si es una rama de derecho público o de derecho privado, por qué principios se rige y si tiene más de uno o de otro. El origen de por qué está incluido en materia de derecho privado está fundado en la contratación (individual o colectiva).

Son unas relaciones en las que hay dos fuerzas que establecen la regulación de prestación de trabajo.

También se convierte en disciplina de derecho público porque el resultado de la relación entre sindicatos y patronal queda fijada en un convenio colectivo que es ley entre las partes. Mientras que ese convenio está vigente han de regirse por él y el Estado garantiza que eso es ley.

- **Derecho Inmobiliario:**

Por su configuración es el conjunto sistemático de las normas que regulan los derechos constituidos sobre cosa raíz o cosa inmueble.

Este derecho inmobiliario es el que está garantizado por la existencia del registro de la propiedad y sobre el mismo se conforma todo el derecho hipotecario o derecho inmobiliario registral.

TEMA 9 TEORÍA DE LAS FUENTES

29.LAS FUENTES EN EL ORDENAMIENTO JICO ESPAÑOL

El uso y el análisis de lo que son las fuentes en el ordenamiento jurídico español si hace para cumplir el precepto de que existen y de que se lleva a práctica una administración de justicia. La aclaración de este precepto nos va a venir dada, determinada por los principios generales de todo el ordenamiento fijada en el artículo 9.3:

- **Principio de legalidad**
- **Principio de jerarquía normativa**
- **Principio de seguridad jurídica** – que lleva aparejado el **principio de irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas.**

Esto nos lleva a referir que es imprescindible saber que dentro de las posibles fuentes cuales están mas arriba

y cuales mas abajo.

El capítulo 1º del Código civil se va a dedicar a las fuentes formales del derecho. Esta redacción ha sido reformada con respecto al derecho español en una disposición del año 1974.

Con respecto al sistema de fuentes anterior lo que hay no es un cambio brutal, sino pequeñas modificaciones hechas por los científicos para facilitar la intelección del título preeliminar. Entre las modificaciones hay que señalar:

- ◆ a partir de 1924 aparece la jurisprudencia en la relación de fuentes del derecho español.
- ◆ Además facilita la actividad procesal en tanto en cuanto por la interpretación de los preceptos se hace muy patente el iura novit curia con lo cual no es necesario aportar todo el derecho vigente sobre el asunto para favorecer nuestros intereses porque se supone que lo conocen los tribunales de justicia.

Las fuentes en el ordenamiento jurídico español son :

La ley, la costumbre y los principios generales del derecho(art 1.1 del código civil).

Estas palabras van a ser explicitadas dentro del propio artículo para que entandamos como están en relación unas con otras; en el párrafo 3: la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la norma, al orden público y que sea aprobada.

En el párrafo 4º se nos dice: los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico, es decir, los principio generales del derecho ejercen dos funciones:

- ◆ ser fuente subsidiaria en ausencia de ley y costumbre.
- ◆ Ser los ejes sobre los que están montados, que informan el ordenamiento jurídico.

En el párrafo 6º dice: la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el tribunal supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derechos.

18-2-02

Conceptos fundamentales del artículo 1:

- La jurisprudencia tiene una función complementaria en la integración del ordenamiento jurídico. Dentro del artículo 1º se señala que son fuente del derecho los tratados internacional que será de aplicación directa cuando haya pasado a formar parte del ordenamiento interno. Los tratados internacionales son fuente del ordenamiento jurídico español una vez que han sido publicados en el BOE.
- La costumbre para ser considerada fuente del derecho no necesita ser local, y dentro de ella se consideran como asimilados a ella los USOS NORMATIVOS (párrafo 2 art 3).
- Además de esto se va a reseñar como algo importante de este artículo que los jueces y tribunales tendrán el deber inexcusable de atender todo tipo de disputas de la que conozcan atendiendo al sistema de fuentes establecido. Esto significa que en nuestro sistema de fuentes la ley tiene primacía, se admite la existencia de lagunas de la ley, esto es, se prevé que la ley no puede contemplar todas las situaciones de la práctica y para estas lagunas como fuente subsidiaria se aplicará la costumbre; los principios generales del derecho en defecto de ley y costumbre entrará a actuar como fuente subsidiaria de segundo grado, los principios generales del derecho los cuales además tienen la función

informadora de la ley y la costumbre.

- Hay una referencia en tanto que es la jurisprudencia, referencia esta expresada de una manera no muy clara e incluso podríamos discutir si la jurisprudencia es o no fuente de derecho, es decir, es fuente del derecho o lo que hace es acompañar a las otras fuentes establecidas. Se entiende por jurisprudencia las sentencias u opiniones emanadas del Tribunal Supremo que en España es el máximo órgano jurisdiccional.

Dice el artículo 123 de la constitución: el Tribunal Supremos..., nuestra constitución hará referencia a la jurisprudencia tanto de cualquier tribunal cómo del Tribunal Supremo

Está claramente expuesto el sistema de jerarquía normativa y para afianzar este sistema tenemos el artículo 1.2 CC: carecerá de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. Así tenemos, por un lado el establecimiento como fuentes de ley, costumbre y principios generales y luego que cada una de estas fuentes están ordenadas

Como complemento de todo este sistema de fuentes aparece el auténtico rechazo de la existencia de lagunas del derecho, porque sea cual sea el asunto que se presente ante cualquier tribunal este tiene que resolverlo, por lo tanto ante cualquier situación real, se tiene que solucionar con arreglo a derecho el asunto que se haya presentado.

Como última apreciación hay que manifestar que este sistema de fuentes es aplicable a todas las ramas del derecho: por el contenido de lo que hemos visto y por el sistema formal de los establecido es esta regla 8ª del artículo 149 parr 1º Cº en el que se señala que la determinación de las fuentes del derecho es materia exclusiva de competencia del Estado y por tanto del legislativo central del Estado, de las Cortes Generales

(esto es el resumen a cerca de lo que es el sistema de fuentes en nuestro ordenamiento jurídico).**30.TEXTOS LEGALES**

en nuestro derecho hay muchas disposiciones legales, éstas tienen rango de ley, podemos decir que son : Constitución!Leyes orgánicas!-R. Cortes Generales(categoría de L.O.):

-R.C.D.

-R. Senado.

!L. ordinarias!Decretos ley!disposiciones legislativas provisionales que puede dictar el gobierno en caso de vigencia y necesidad!Decretos legislativos.

Con este principio nos encontramos con que las leyes se ponen de manifiesto en los textos legales. Estos textos legales tienen dentro de sí una serie de elementos que son formales y otros de contenido material. Para que una ley sea ley es imprescindible que reciba esta denominación, además de esto es costumbre ordinaria de nuestro ordenamiento jurídico las leyes tienen un rótulo que hace referencia al objeto contemplado en las mismas y también una numeración que hace referencia al tiempo en que ha sido aprobada.

Además en las leyes nos vamos a encontrar una serie de elementos que la acompañan y tienen distinto valor según lo que sea. En el caso de la constitución las primeras palabra que se dicen son: D. Juan Carlos I. ...la siguiente constitución y a continuación aparece el preámbulo (también puede hablarse de exposición de motivos). Una vez hecho esto empiezan las rotulaciones externas y los articulados. Nuestra constitución esta separada en títulos y alguno de estos en secciones y por dentro en artículos numerados correlativamente.

Esto va acompañado de una última parte en la que dice:mando a todos los españoles...como norma fundamental del estado.

Una vez hecho el mandato debe rubricarse la constitución por el Rey y tres firmas mas : presidente de las cortes generales, presidente de la cámara de diputados y el presidente del senado. Sobre estas personas que refrendan la constitución recae la responsabilidad del texto. Mientras no se de el refrendo la ley no está terminada aunque esté terminado su contenido se ha reseñado el mandato. Comenzará su obligatoriedad a los 20 días de su publicación en el BOE salvo que en ellas se ordene otra cuestión.

Este es el relato del texto legal pero que tiene correlato en cualquier tipo de norma.

El problema fundamental es qué ocurre si en una disposición legal el contenido de las palabras contenidas en el articulado son contrarias a lo que aparece en la exposición de motivos, es decir, que es mas importante el contenido de la parte dispositiva o el de la parte expositiva. La resolución de esta cuestión no es sencilla de manera tal que podemos encontrarnos con algún tipo de ley en la que dándose dicha contraposición tiene un valor la exposición de motivos pero en la mayoría de los casos se opta por dar un valor principal a lo dicho en la parte dispositiva articulada de los textos legales. Sea como sea la exposición de motivos cobra mas fuerza cuando lo que queremos es averiguar el espíritu que aparece en la exposición.

Una vez visto este elemento formal debemos tener presente el conjunto de materias que tienen que ser reguladas por un tipo de norma o por otra. Dejando de lado la constitución, la gradación normativa reseñada va en función de que hay materias que sólo pueden ser reguladas por ley, es decir, que no pueden ser reguladas de otra manera, por otro grado de norma que no sea la ley. Este es un problema muy importante y se conoce con el rótulo de materias reservadas a la ley, eso significa que la potestad reglamentaria que puede estar delegada en el ejecutivo tiene la gran delimitación de la reserva legal, eso significa que ciertas materias especialmente importantes han de regularse exclusivamente por medio de ley sin que puedan ser por tanto reguladas por disposiciones emanadas de la potestad reglamentaria lo que conlleva la determinación de las competencias de la potestad legislativa y las materias que entran dentro de la potestad reglamentaria.

Este tema de la reserva de ley puede analizarse o verse de 3 formas:

- **Un sistema de reserva total**
- **Un sistema de reserva parcial**
- **Un sistema de reserva reglamentaria**

- **un sistema de reserva total:** es el que amplía de una forma extraordinaria al poder legislativo y la potestad reglamentaria es muy escasa. Es el sistema anglosajón, dentro de lo que cabe, ya que dicho sistema no tiene poder reglamentario propio.
- **un sistema de reserva parcial:** en el cual hay unas competencias del legislativo y aquellas que se le dan al ejecutivo de competencia de ejecución. Este sistema lo tiene Alemania.
- **un sistema de reserva reglamentaria:** reserva aquello que tiene que ser por ley al parlamento y lo que tenga que regularse por otro tipo de normas al ejecutivo.

Nuestro sistema es de reserva legal de manera que la administración puede regular aquellas cuestiones que no sean de exclusiva competencias de las cortes, de tal manera que nuestro sistema se inspira en el sistema de reserva de ley.

19-2-02

La cláusula de reserva de ley una cláusula científica y científico-jurídica.

El eje fundamental es que la regulación jurídica dimane de quien debe y cuando hay un procedimiento de reserva de ley ésta debe proceder de quién debe hacerla.

En principio nuestro sistema jurídico se inspira en una reserva de ley bastante amplia, así, la prueba de esto no

sólo va a venir en el art 9.3 en el que se establece el principio de legalidad sino que en el art 97 se señala que la actuación del ejecutivo tendrá que hacerse de acuerdo con a ley, de manera que someta al ejecutivo a la ley. La manera de obrar del ejecutivo siempre tiene que estar marcada por lo que diga el legislativo; a mayores de esto nos encontramos con el art9.

Este argumento con el juego de estos artículos no es suficientemente fuerte en la realidad práctica porque en la sociedad debemos vivir muchas veces cumpliendo disposiciones sin rango de ley y que debemos cumplir porque en caso contrario seremos multados. El argumento para seguir apoyando esto es que la constitución establece ya puntualmente reserva de ley a el desarrollo d los derechos y deberes fundamentales de la persona, es decir, a todo el título I. Pero no sólo hace reserva de ley sino que obliga a que el desarrollo del título I se haga por Ley orgánica de manera tal que si el desarrollo de preceptos puntuales del título I se hace por ley ordinaria se contraviene la constitución.

El problema de esto va a venir agrandado porque normalmente en una ley también hay preceptos que no se refiere a derechos y deberes fundamentales, encontrándonos con una serie de disposiciones que han sido desarrolladas por ley orgánica cuando aspectos de las mismas podían desarrollados por ley ordinaria. Aquí subyace el nacimiento de la ley orgánica que necesita de un quórum para la aprobación de la misma, la mayoría absoluta.

En momentos en que la composición parlamentaria no permite la existencia de la mayoría absoluta plantea problemas para el desarrollo del títuloI por ley orgánica.

Hay leyes que por su importancia deben ser desarrolladas por ley orgánica.

Además de este precepto a cerca del desarrollo del título I por ley orgánica tenemos en nuestra constitución otros resquicios de reserva de ley(_____)porque excluye la posibilidad de (_____) de la potestad reglamentaria, es decir, no permite que el ejecutivo en su ejercicio de potestad reglamentaria utilice estos preceptos.

Viendo este juego los efectos de la reserva de ley significa que la potestad reglamentaria no tiene un campo material de competencias constitucionalmente marcado, es decir, que cualquier materia aunque se encuentre regulada por un reglamento puede ser objeto de regulación por una ley. Por la vía legal de la delegación sí se pueden aumentar el poder normativo de la administración pública, entonces esta posibilidad procede por tres vías:

- **delegación legislativa**
- **remisión normativa**
- **deslegalización**

- **DELEGACIÓN LEGISLATIVA:** Consiste en que el legislativo atribuye poder al ejecutivo, le atribuye la posibilidad de producción de normas con rango de ley ! Decretos legislativos.
- **REMISIÓN NORMATIVA:** Ésta suele venir reflejada dentro de las propia disposiciones. La forma de hacerlo es a través de decretos u órdenes ministeriales. Este desarrollo puede hacerse en referencia a la totalidad o al desarrollo de un aspecto concreto que marque la ley 1ª. En nuestro sistema se permite también que este desarrollo se produzca tácitamente habida cuenta de que nuestra constitución por la vía del art 97 reconoce la potestad reglamentaria de la administración.
- **DESLEGALIZACIÓN:** Significa que una materia que estaba regulada por ley ya no tiene que regularse por ley. Cuando esto se produce lo hace por una ley, es decir, para deslegalizar algo debe venir dicho por una ley.

Lo normal es que se produzca una degradación del rango normativo con respecto a los aspectos que estaban antes reglados por ley. Existen varias disposiciones de este tipo. Ahora bien, la deslegalización dentro de sí

tiene unos límites que impiden que se pueda realizar la deslegalización: el más importante es que las materias derivadas constitucionalmente reservadas a la ley siempre tendrán que ser reguladas por ley.

Tampoco pueden efectuarse en el ámbito de los decretos-leyes, es decir un decreto-ley no se puede deslegalizar y convertir en decreto legislativo. Nuestra constitución de este aspecto no dice nada.

Una vez producida la deslegalización que da siempre la posibilidad de que el legislativo mantenga una reserva parcial de algún aspecto. En este caso nos encontraríamos con que tenemos reglamentos *praeter legem*.

Además nos encontramos con normas legales que no son estatales encontrándonos con normas de derecho extranjero aplicables en España en virtud de las normas de derecho internacional privado. Nos encontramos también con normas de derecho canónico aplicables en virtud del concordato

También nos encontramos con que hay disposiciones legislativas y reglamentarias que dictan las comunidades autónomas en el ámbito de su competencia y que emanan de la potestad legislativa y reglamentaria de estas; además podemos encontrar Tratados Internacionales que constituyen una categoría jurídica que pertenece al derecho internacional público y cuyo cumplimiento obliga a que los estados se sometan a las cláusulas en los tratados establecidas.

Esto es muy complejo en tanto en cuanto las disposiciones del derecho internacional van a tener los nombre que difieren de la terminología interiormente mencionada. Habla de tratado y convenio, protocolo, arreglos, etc, que están refiriéndose a normas concretas.

Todo este sistema que va a estar incluido en el sistema interno a través de una ley, va a estar basado en el Tratado de Viena de 1969. en este sentido tenemos las disposiciones de autenticación y ratificación en nuestro ordenamiento y posteriormente la inclusión dentro del BOE con rango de ley.

25-02-2002

31.EL PROCESO FORMATIVO DE LA LEY

Este proceso formativo se resuelve en una serie de fases:

- **Iniciativa:** Quien puede tener la iniciativa del proceso formativo de la ley.
- **La Tramitación:** La tramitación **previa** es distinta en los proyectos de ley que en las proposiciones de ley (Congreso, Senado, Comunidades autónomas, Iniciativa Popular).

La Tramitación ulterior.

- **Sanción**
- **Entrada en Vigor:**

1.-INICIATIVA:

los que pueden iniciar la tramitación de la ley son:

a-Gobierno art87

b-Congreso

c-Senado

d-Pueblo

e-Asambleas de las comunidades autónomas.

a-la iniciativa del Gobierno: se hace presentando el proyecto de ley, hecho de acuerdo a un expediente.

Es obligatorio que se acompañe de una tabla de vigencias y disposiciones que se derogarán en caso de aprobar la ley, un informe de la secretaría técnica y la subsecretaría de defensa y la aprobación de la presidencia del gobierno.

b- la iniciativa del Congreso: se hace a través de una proposición de ley, deberá ir firmado por 15 diputados y el portavoz del grupo parlamentario.

El mismo sistema sirve en el **Senado** pero es necesario que firmen 25 senadores sin que se exija la firma de un portavoz.

e-iniciativa de las comunidades autónomas: por medio de un proyecto de ley o una proposición de ley.

d-iniciativa popular: (regulada en el parr 3º art 82). El pueblo ejerce la iniciativa con una proposición de ley mediante una serie de requisitos, necesitan 500 mil firmas que acrediten la necesidad de la ley. No podrá ejercerse cuando se refiera a un tratado internacional, en materia orgánica, en modificaciones constitucionales, normas tributarias fiscales.

2.TRAMITACIÓN:

Después comienza la tramitación. Si es un proyecto de ley la mesa lo recibe y ordena que se publique en el boletín de las cortes y lo manda a las comisiones correspondientes.

Se abre un plazo de presentación de enmiendas por escrito.

Estas enmiendas pueden presentarse por un grupo parlamentario o un diputado (con el visto bueno del portavoz de su grupo).

Comienza la discusión del proyecto en la comisión correspondiente.

Si no se acepta tiene que ser remitido al pleno.

Si la discusión del pleno decide que no se acepta se devuelve al gobierno y si se acepta vuelve a la comisión.

Si lo presenta el Senado, lo presenta en la mesa del senado. Se hace el acto de toma en consideración, se traslada al congreso y se inicia el trámite ordinario de la publicación de enmiendas.

El pleno de las cortes comienza siempre por la discusión de las enmiendas.

Enmiendas: si prospera se pasan a discutir al articulado, por quien las propone.

Resultado: aceptación de la enmienda en su totalidad o rechazo de la enmienda.

Todo este trabajo se está realizando sobre el informe que la ponencia ha realizado de ese proyecto de ley.

Al final tiene que producirse una votación en la que se aprueba o no la ley.

Una vez aprobada tiene que pasar al senado. Allí se tiene que devolver al congreso de los diputados. Si hay una ley aprobada por el congreso y vetada por el senado ha de volver al congreso, excepto la Constitución.

3.SANCIÓN:

Este procedimiento genérico, tiene que pasar la sanción (firma después de ser aprobada).

La norma ha de ser firmada en el plazo de 15 días por el Rey, que tiene que ir acompañada por el referéndum del ministro correspondiente o el presidente del gobierno (art 64).

• LA ENTRADA EN VIGOR:

Una vez sancionada, tiene que producirse la entrada en vigor, que significa la promulgación y publicación de la ley. Después , se dice que entra en vigor transcurrido el plazo de vacatio legis que determina la propia ley o en su defecto la que establece el código civil.

Al lado del proceso formativo general de las leyes, cuando éstas se refieren a normas especiales, también existen reglas para la formación de decretos leyes y administrativos.

La aprobación de los decretos corresponde, bien al gobierno, bien a la comisión delegada del gobierno, las órdenes ministeriales las firma el ministro y en las disposiciones del órgano ministerial ya está establecido quien puede firmarlas.

Los decretos son sancionados por el rey y refrendados por el ministro correspondiente, eso no impide que se tengan que publicar en el BOE.

Existen unos procedimientos legislativos especiales:

- **Procedimientos legislativos de urgencia**– se acortan los plazos del procedimiento extraordinario.
- **Procedimientos presupuestarios**– sólo a ley de presupuesto , aquellas que se dediquen al aumento o disminución de los fondos públicos. Sólo se pueden presentar proyectos de ley presupuestarios.
Art.154 Constitución.
- **Procedimientos de aprobación general de las cuentas del Estado.**
- **Procedimientos de ratificación de tratados internacionales.**
- **Procedimientos de reforma Constitucional**– por la ley pero por un procedimiento peculiar.
- **Convalidación o derogación de los proyectos leyes**– es un procedimiento también peculiar.

Este es el sistema genérico de el nacimiento de una ley.

32.JERARQUÍA NORMATIVA EN EL ORD. JICO. ESPAÑOL

(sabérselo tal cual)

Podríamos considerar esta pregunta como un resumen de lo anterior.

El orden jerárquico de las normas es:

- **Constitución**

!

- **Leyes orgánicas**-----**reglamentos de las Cortes del Congreso y dl Senado**

!

- **Leyes ordinarias(las leyes que contienen estatutos de autonomía)**

!

- **Decretos leyes**

!

- **Decretos legislativos-----decretos**

!

- **Órdenes ministerialesórdenes de la comisión delegadas del gobierno.**

!

- **Disposiciones de las autoridades y órganos inferiores según la respectiva jerarquía de los distintos órganos.**
- **Primer efecto**– esta jerarquía tiene un efecto de fácil de reconocer y es que una norma de rango inferior no puede modificar o derogar una de rango superior. Tiene que ser hecha por una norma de igual rango o superior a la derogada o modificada.
- **Segundo efecto**– tiene una doble vertiente:
 - ♦ **1º**– que las leyes orgánicas u ordinarias se acomoden a lo establecido en la Constitución lo que se conoce como la constitucionalidad de las leyes,
 - ♦ **2º**– necesidad de que las disposiciones administrativas generales se acomoden a lo establecido en las leyes = legalidad de las disposiciones reglamentarias administrativas.

1º– estos principios de constitucionalidades y el de la legalidad de las disposiciones reglamentarias son nucleares en el estado de dº, tanto es así que para garantizar el principio de constitucionalidad de las leyes crea nuestra constitución el tribunal constitucional, para conocer el recurso de inconstitucionalidad contra leyes disposiciones con rango de ley. Este recurso reglado en el título II de la constitución y en la ley orgánica del tribunal constitucional.

Además de ejercer esta función protege el rango normativo que corresponde a las leyes orgánicas de manera que se puede preguntar al tribunal si una ley ordinaria debería o no haber sido tramitada.

2º– Legalidad de las disposiciones reglamentarias administrativas: tiene que arbitrarse el procedimiento para declarar la nulidad de la disposición ilegal y la aplicación del reglamento ilegal. Son muy importantes estos principios y estos sistemas de declaración.

La regulación de esta situación de las efectos en terceros afectados por el reglamento ilegal causa muchos problemas.

Los controles son:

–parlamentario– de los reglamentos ilegales.

- ♦ supervisión de la actividad de la administración que está y tiene un órgano adoc para realizar

las supervisión que es el defensor del pueblo, que es un comisionado de las cortes generales para vigilar la actividad de la administración y que esta sea correcta y de cuenta de esto a las cortes.

La declaración de nulidad del reglamento tiene que hacerse con el beneplácito del consejo del estado, también lo puede declarar nulo de oficio la propia administración, en este caso se cambia el reglamento. Los particulares pueden iniciar la acción de nulidad al reglamento irregular, es uno de los pocos procesos que no está sujeto a plazo de prescripción. Cualquiera en cualquier momento puede hacerlo por el recurso dentro de la administración o con la impugnación por vía judicial.

El ejercicio de este dº en España no se lleva a cabo.

TEMA10

OTRAS FUENTES DEL DERECHO

33.LA COSTUMBRE Y SUS CLASES

Ulpiano dice: la costumbre es consentimiento tácito del pueblo inveterado por un largo uso.

Después de esta definición se han dado muchas otras, nosotros vamos a analizar la costumbre como fuente del derecho , para que sea norma jurídica tienen que concurrir en ella dos elementos:

- **Requisito de hecho externo.**– que esta constituido por el uso.
- **Requisito jurídico interno.**– que es la opinio iuris necessitatis– opinión de dº sobre su necesidad. Opinión jurídica de que es útil, de que se necesita.
- Es un elemento importante porque la repetición del uso es lo que crea la costumbre, se suele añadir a este elemento que para que sea fuente del dº es necesario que ese uso sea general, es decir, que esté vigente en la mayoría de la comunidad que creó el uso y que sea constante, que se produzca repetidamente a lo largo del tiempo y sino que entre un acto y otro no medie un lapso de tiempo excesivamente amplio.

Estos requisitos son poco rigurosos, hoy día se admiten costumbres como fuente del derecho, donde la uniformidad no se ve clara porque hay formas de realizar el uso jurídico que sufre pequeñas modificaciones por el lugar donde se realiza pero no es muy distintos de otros lugares.

- La opinio iuri– plantea bastantes problemas para su determinación. A lo que hace referencia es un sentimiento de la colectividad de que la práctica se hace en esos lugares repetidamente ; necesidad jurídica que aconseja transformar el uso en una norma obligatoria.

Por eso la dificultad de apreciar este fenómeno han surgido distintas teorías que fundamentan esta opinio iuris. La mas general es la que identifica la opinio iuris con el espíritu del pueblo.

El pueblo crea todo el dº por el uso repetido de distintas actitudes. Dentro de las ramas del dº donde tiene gran influencia en el mercantil, o sólo porque se use en las contrataciones, por lo importante está en la voluntad de los comerciantes de seguir con esas costumbres lo que le dé gran arraigo y la convierte en norma jurídica.

Se dice que para que la costumbre sea costumbre es elemento consustancial que haga una voluntad generalde validez de esas costumbres, lo que hacen los órganos de estado es respetar o reconocer lo que se hace por la costumbre.

Se traslada la concepción de Ulpiano, consentimiento tácito del principio por el que el gobierno le otorga a esas costumbres.

La razón a veces no aclara la convivencia social. Las partidas, no tuvieron vigencia cuando fueron realizadas (en la recepción), Alfonso X, son 7 partes y cada uno se ocupa de una parte del dº y establecen una serie de normas de lo que son fuentes de dº.

Como requisito de la costumbre aparte de los actuales le añade el requisito de que tiene que ser racional, a lo que se refiere es que tiene que ser acorde con la buena razón y esto es el dº natural o el bien común. Esa referencia va a aparecer con otra terminología en el art. 1 del código civil:

la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y resulte probada.

los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre. Uso jurídico = costumbre.

CLASES DE COSTUMBRE:

Se pueden clasificar en razón de la territorialidad o de la materia.

- **en cuanto a la razón territorial:**

puede ser local, comarcal, regional, etc. Determinadas costumbres se reiteran en determinados territorios, que no se siga en otros es porque no se presenta el mismo substrato sociológico.

Hay costumbre muy generales que se dan en territorios muy amplios. Esto se ve con claridad en el análisis de los derechos de cada territorio.

Las costumbre de los comerciantes son costumbre mucho mas generales, por ejemplo los días feriados, sitios o lugares donde se establece al paz.

Esta distinción de las costumbres tiene poca importancia hoy día, han quedado reducidos a meros estudios de los territorios.

- **clasificación en objeto de la materia:**

- GENERAL– Totalidad de una institución o bien se
- ESPECIAL– aplique a determinados supuestos de la misma.

Esta clasificación tiene importancia en relación con la ley, porque la costumbre sea general o particular al ponerla en relación con lo que está determinado en la ley, esta puede ser:

- **Costumbre secundum legem**

- **Costumbre contra legem**

- **Costumbre praeter legem**

- **Costumbre secundum legem.**—es aquella que esta conforme con las disposiciones de la ley, pero no tiene trascendencia porque sólo sirve de mas apoyatura a la ley. Sirve de elemento interpretativo de la ley, pero en sentido técnico no es fuente del dº.

- **Costumbre contra legem.**—es aquella contraria a la ley regula de un modo distinto de la ley materias que esta regula. Esta costumbre no tiene buena prensa entre los civilistas. En la actual redacción esta costumbre de una manera más sibilina, se nos dice que no rige en la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, por lo cual no se aplica. Dentro del territorio español hay legislaciones que admiten esta costumbre, no sólo eso sino que incluso tiene mayor fuerza que ley, esta legislación es el fuero nuevo de Navarra, la contra legem es admitida e incluso prospera cuando es mas específica que lo determinado por ley.

- **Costumbre praeter legem.**—es aquella que está fuera de la ley y regula materias no disciplinadas por ley, esta costumbre es el verdadero tipo de norma consuetudinaria a la que el código civil hace referencia.

—el valor jurídico de la costumbre—.

la praeter legem es una fuente autónoma del dº y es independiente de la ley, es decir, es una norma extra estatal, no está producida por los poderes del estado sino que está en el pueblo.

. es una fuente subsidiaria, sólo regirá en defecto de ley pero es una fuente subsidiaria de primer grado, a falta de ley se hará lo que establece la costumbre.

. su eficacia está limitada a que resulte probada.

(USOS JURÍDICOS)

Es una norma que tiene que ser conocida por el juez y para esto hay que aportarla y tiene que ser probada por la parte que la alega. Mediante la prueba y dicción que son habituales en el dº. Esto nos abre un margen de apreciación importante porque probar la costumbre dentro del dº público es muy difícil, pues está regido por el principio de legalidad con mas fuerza que las otras fuentes. Porque muchas de sus normas son más imperativas que prescriptivas y en el derecho público la noción de orden público está muy fijada, muy determinada.

Al lado de la costumbre y de su equiparación nos encontramos con que hay que precisar algo mas lo que son los usos sociales y convencionales dentro de este apartado de la costumbre. En general los usos convencionales, son de tráfico jurídico en los que se sigue una uniforme práctica de realización, de negociación, generalmente los contratos, estos usos convencionales se diferencian en técnica jurídica en; usos normativos y usos interpretativos, los primeros son los que equivalen a la costumbre mientras que los interpretativos son lo que no equivalen a la costumbre, según determina el punto 2 del código civil; sino que sirven para aclarar algunas condiciones.

27-2-2002

la dificultad está en distinguir uno u otro. La clarificación hay que hacerla en cada referencia a un uso que se haga.

Por ejemplo: código civil:

- ◆ art:1258— uso convencional, fuente de dº.
- ◆ Art: —uso interpretativo + convencional.

O sea es siempre opinable lo que sí es cierto es que el uso interpretativo no es fuente del derecho mientras el convencional si lo es.

34.PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SUS CLASES

Vamos a utilizar los principios generales del dº como fuente, en defecto de ley y de dº; en el código civil se reflejan dos funciones:

- Fuente supletoria de 2º grado
- Sirven de criterio informador del ordenamiento jurídico.

La función es la de la idea fundamental sobre la que se apoya el dº positivo y el conjunto de directrices sobre

las que se extraen del propio ordenamiento jurídico. A este respecto dice Federico de Castro:

constituyen el ordenamiento no formulado no se traducen en normas porque la evidencia de su realidad y eficacia hace innecesario su concreción en una norma formulada, pero es de donde se extraen criterios para entender las normas, para interpretarlas e integrarlas y en su caso para obtener al regla del dº pertinente en defecto de ley y costumbre.

Los principios bajo este prisma son algo muy importante y mas que una fuente de derecho, esto significa que para analizar los principios, que son muchos, debemos de clasificarlos.

Clasificación en tres grandes grupos:

- **Principios generales de derecho dogmáticos**
- **Principios generales de derecho axiológicos**
- **Principios generales de derecho institucionales**
- Dentro de los primeros se incluyen aquellos que se obtienen por deducción sistemática como por su inducción generalizadora de las normas existentes. Estas son las ideas activas del orden público, es decir, los criterios de donde se sacan los principios de donde se sacan los fundamentos del dº positivo.

Por ejemplo: en cualquier negocio jurídico cuando yo cumpla más hago aquello que no está establecido y lo complemento, hace lo que debiera estar establecido.

- Representan los valores sociales o naturales que sirvan de justificación de derecho positivo en cada momento histórico. Están basados en el sistema de intereses y valores que imperan en cada sociedad y son los que transforman el puro dº normativo de un sistema de legalidad en un sistema de legitimidad. Son ppios gales los ppios constitucionales.
- Son aquellos sobre los que se regula cada una de las instituciones concretas que aparecen en la legislación y determinan el sentido de la institución. Lo que tenemos que ver es el valor jurídico como fuente de estos principios generales.

El valor jurídico está muy atenuado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque a efectos de casación ha declarado reiteradamente que para que un ppio gral del dº merezca la calificación de fte es preciso que haya sido admitido por la jurisprudencia como fte del dº, o sea los que los tribunales han dicho que son fte del dº.

Esta misión de ser fte de dº así fijada le resta eficacia como fte del dº, pero es bastante fácil encontrar en las sentencias del Tribunal S o tribunales superiores la aparición de ppios gales de dº. Porque nosotros en nuestro quehacer diario elaboramos ppios gales d dº y de ahí queda resto en la jurisprudencia y se sacan como fte de dº.

Además los ppios gales de dº constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico y que le da la unidad. Estos ppios representan las bases que inspiran la aplicación de las fuentes del derecho , ley y costumbre. Por eso el código civil dice que tendrán carácter informador, porque al estar en la unidad y servir de aplicación de la ley y la costumbre sirven para informar. Esta labor informadora es sobre todo de los principios axiológicos.

Además los ppios gales de dº son el medio o sistema de los que se llama en técnica jurídica, de integración de las lagunas de la ley. Es este sentido de suplir las lagunas ejercen función normativa y esta labor la hacen principalmente los ppios dogmáticos.

Además lo ppios gales de dº ejercen la función interpretativa de la norma y la costumbre, y esa función interpretativa la cumple tanto los ppios institucionales como los axiológicos , como los dogmáticos. Esta función es posiblemente la más importante, la más usada en el análisis de los ppios gales del dº.

- **LA JURISPRUDENCIA**

Artículo 1.6 del Código Civil: la jurisprudencia complementará...

La jurisprudencia se sigue entendiendo del mismo modo que la definió Ulpiano, pero se ha ido produciendo otras acepciones del término. A partir del S. XIX se entiende por jurisprudencia el arte de aplicar e interpretar el derecho, por cualquier sujeto preparado que hiciera esta labor, adentrado el S XIX se restringe esta acepción aplicando el término al arte de aplicar e interpretar el derecho realizado por los tribunales.

Aún con esa significación se entiende por jurisprudencia en el sentido formal a la práctica que realizan los tribunales al aplicar el derecho, que también se conoce como estilo judicial, pero en el aspecto material técnicamente en la aplicación del derecho que hacen los tribunales de justicia mostrando en las sentencias que emiten esos tribunales (usus fori material).

En el contexto occidental hay dos acepciones peculiares:

- **sentido Sajón**
- **sentido Continental Europeo**

- **sentido Sajón:**

La jurisprudencia se manifiesta a través de lo que se llama precedente judicial vinculatorio esto es, que una sola sentencia de un tribunal vincula al juez. En este sentido la jurisprudencia sajona crea derecho y tanto el propio tribunal como los inferiores quedan sujetos a lo decidido por ese tribunal.

- **sentido Continental Europeo**

Al lado de esta acepción, que en el mundo continental cuesta trabajo entender por la extraordinario positivación, tenemos el sentido continental europeo, en el que la jurisprudencia se manifiesta a través de una serie de sentencias uniformes que se dictan sobre casos semejantes, el juez no crea ni puede crear derecho, sino que se limita a aplicarlo y su decisión no es vinculante ni para él ni para otros tribunales. En este sentido la jurisprudencia es el criterio constante e uniforme de aplicar e interpretar el derecho mostrado por los tribunales al decidir las cuestiones sometidas a ellos. Esta jurisprudencia puede ser pequeña jurisprudencia, cuando procede de un tribunal inferior o jurisprudencia en sentido estricto cuando procede de tribunales superiores porque tienen la función de fiscalizar la legalidad y uniformar los criterios de aplicación e interpretación del derecho.

En algunos ordenamientos se reconoce a la pequeña jurisprudencia la posibilidad de ejercer una labor orientadora de interpretación de las normas pero en otros sistemas sólo es jurisprudencia la que emana del Tribunal Supremo, en este sentido la jurisprudencia será el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo, o el conjunto de sentencias del Tribunal Supremo en el que se manifiesta un modo uniforme de aplicar el derecho.

Una vez vistas estas notas debemos resumirlas de alguna manera. Para que se hable de jurisprudencia como tal es imprescindible en primer lugar, que haya reiteración de la doctrina, es decir, al menos tiene que haber 2 sentencias como mínimo, pero además es requisito imprescindible que la doctrina que se establezca en la sentencia se establezca como fundamento del fallo, es decir, que esté dentro de un fallo, es decir, que no tiene valor de jurisprudencia las afirmaciones o manifestaciones accidentales o incidentales de las argumentaciones subsidiarias que estén en la propia sentencia.

Por eso es muy difícil leer bien y adecuadamente una sentencia.

En tercer lugar se exige que haya identidad entre los casos decididos en las sentencias, de manera tal que se ve que el problema que tiene que ser resuelto es muy parecido. La determinación de cuando los casos son idénticos o cuando no lo son también es problemático.

En cuarto lugar aparece un elemento formal importantísimo que la jurisprudencia se determina para cada rama del derecho por la sala correspondiente del T.S. de manera tal que una sentencia que se produzca en la sala 1 no se puede acumular por un caso parecido que ocurra en la sala 3. la distinción de las salas del T.S. se hace en función de lo que resuelve. (civil, de lo penal, de lo contencioso-administrativo, de lo laboral, de lo militar general).

Sólo es jurisprudencia la doctrina que se contiene en la sentencia que resuelve recursos de casación y no en las sentencias que se producen como resueltas de la casación. En este caso lo que dice suele estar contenido en los considerandos, resultandos y fallos. En España sólo es jurisprudencia la procedente del Tribunal Supremo aunque el hecho de que no entren en el juego del artículo 6 los tribunales inferiores y los órganos administrativos no quiere decir que no tenga importancia.

El valor jurídico de la jurisprudencia es muy variado según cada una de las épocas. En derecho romano la jurisprudencia tuvo importancia como creadora del derecho a través de las reglas que estaban contenidas en los edictos de los pretores. Esta concepción desaparece y disminuye a partir del S II o III y a pesar de eso si se lee determinadas fuentes del derecho nos podemos encontrar con el deseo de que esta función se continuara. Esta tendencia va más allá porque durante la edad moderna comienza la tendencia a la privación de las fuentes de la misión creadora del derecho. No se da con igual fuerza en todos los países. En la edad contemporánea se intenta colocar a la misma altura los tres poderes apareciendo los tribunales de casación y apareciendo de nuevo la labor creadora por la jurisprudencia de los jueces.

En el derecho positivo español fue creado en 1978 y la primera ley de enjuiciamiento civil es donde aparece por primera vez el recurso de casación por infracción de ley, por infracción de la doctrina legal en el momento en que aparece este recurso es lógico que lo que lleva detrás es el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del derecho o algo similar.

El T.S. siguió admitiendo la jurisprudencia en concepto de doctrina legal y como base para fundar el recurso de casación. La limitación de esta actividad en el Tribunal Supremo se va a producir por la Ley Orgánica del poder judicial del 1870 que transformará extraordinariamente el sistema de fuentes y el sistema de la organización formal que es elaborada por Montero Ríos.

La redacción tal y como esta en el artículo 6 cc plantea la duda de hasta que punto esta jurisprudencia es fuente del derecho. Es bueno completar lo que dice este artículo con lo que diga otro tipo de normas, así por ejemplo hay un real decreto de Mayo de 1974 en el cual se establece la función del tribunal supremo donde no está incluida la jurisprudencia como fuente del derecho aunque si se le reconoce la función de interpretar y aplicar las normas, pero esta función no está la de elaborar normas en un sentido pleno.

La trascendencia normativa de complementariedad está en que parece decirse que no la considera como fuente creadora del derecho, entonces diríamos que es una forma de hablar que nos e relaciona con la doctrina de las fuentes sino que adquiere su significado en la tarea interpretativa y aclaradora. Para argumentar que no es fuente del derecho debemos ver el art. 117 de la constitución, la función del Tribunal Supremo es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Para remarcar más en el art. 117.4 de la constitución se dice, ..., es decir parece apoyar la concepción de que lo que tiene que hacer es juzgar y ejecutar lo juzgado.

Para ayudar todavía mas a esta argumentación según el art. 161 del la constitución no señala en ningún lugar que quepa junto a la labor de la jurisprudencia un recurso ante el tribunal constitucional, es decir, no cabe

recurso de inconstitucionalidad es labor de la jurisprudencia, en este sentido significa que no dicta ninguna sentencia en la cual cree derecho.

La L.O.T.C. desarrolla lo establecido en el artículo 161 de la constitución, según se señala en esta ley la sentencia que recaiga sobre leyes inconstitucionales habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelven los recursos y cuestiones de anticonstitucionalidad.

Esto quiere decir que cuando en aplicación de una ley resuelve un tribunal y deviene esa norma aplicada e inconstitucional, la sentencia que dictó es válida. Pero la jurisprudencia sí desarrolla una labor importantísima porque le corresponde a la doctrina de los tribunales definir y aplicar los principios generales del derecho; y si los delimita y aplica evidentemente los configura y esa labor sí es creadora. Es posible que ese término complementaría se refiera a la .

La labor de los operadores jurídicos va a poder actuar con mayor libertad en aras de alcanzar la justicia.

Sea como sea el Tribunal Supremo nunca se encuentra vinculado por su propia jurisprudencia. La aportación de la doctrina jurisprudencial es buena pero el Tribunal Supremo puede no seguir el sistema que venía siguiendo.

36. LA EQUIDAD.OTRAS FUENTES DEL D°

Dice el artículo 3.2 del Código Civil: la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar exclusivamente en ella cuando la ley expresamente lo permita.

Esto deja bastante claro que no es fuente del derecho.

La función de la actuación del derecho en los tribunales de justicia es la adaptación de una ley a las características de un caso concreto con una finalidad : evitar injusticias, si se aplicase con todo rigor lo establecido por la norma. Diríamos que utilizamos en sentido de equidad que es el de la dulcificación de la ley al caso concreto, adaptar lo que dispone la ley a un caso concreto de la manera menos gravosa.

Nos vamos a encontrar con numerosas disposiciones de nuestro ordenamiento en las cuales hay referencias a la equidad. En este sentido cuando se aboca en las propias palabras de la ley a la equidad, se está llamando a hacer una interpretación benévola del contenido de los preceptos, es decir, se está llamando a la utilización de un criterio interpretativo que va a jugar con otros criterios interpretativos con esta finalidad de dulcificación de la conclusión.

Pero nos dice el código civil que esta equidad será ponderado en aplicación de la norma, es decir, es el criterio de moderación que debe de ser utilizado por el intérprete, y puesto que ejerce al igual que los principios generales del derecho el carácter de informadora del ordenamiento jurídico actúa como factor de corrección de las consecuencias rigurosas de la normas, es decir, siempre es un sistema o una medida de carácter interpretativo. Para ahondar en esta interpretación vemos que este artículo 3° en el art 1° del capítulo 2° que se rotula aplicación de las normas jurídicas, pero sólo ejerce esta función o alguna otra más. Ejerce una función también importante que es la de que se puede utilizar como criterio subsidiario de decisión cuando lo permita la ley, es decir, en este sentido la equidad se convierte en un concepto válvula, lo que ocurre es que su contenido es mucho mas preciso, significa que cuando se permite se beneficiará a la parte que en ese sentido la haya alegado mas que al beneficio de lo que dice exactamente una norma.

Este problema es mas conflictivo cuando el sistema de la equidad se refiere a todo el sector del derecho público y dentro de este al conjunto de las normas sancionadoras.

Este problema va a ir unido a otras posibles fuentes formales del derecho:

- DERECHO NATURAL
- REGLAS O MÁXIMAS JURÍDICAS
- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA
- DOCTRINA CIENTÍFICA
- NORMAS STATUTARIAS
- POTESTAD NORMATIVA DE LOS GRUPOS SOCIALES.

Todas estas fuentes son fuentes muy subsidiarias, actúan en algunos momentos pero acompañar sobre todo a la interpretación mas que a la pura creación del derecho.

- DERECHO NATURAL:

No es una fuente del derecho en los ordenamientos modernos, ahora bien si es una fuente para la elaboración del derecho, es decir, cuando los legislativos tienen que convertir en norma la vivencia de la sociedad el derecho natural actúa en esa concepción para establecer un límite porque el conjunto de la norma fijada por el derecho positivo siempre tiene que tener por finalidad alcanzar la justicia y para establecer un complemento que supla en algunos casos las lagunas ya que la mayoría de sus preceptos están de forma indirecta contemplados en los principios generales del derecho sobre todo en los axiológicos.

- REGLAS O MÁXIMAS JURÍDICAS:

Son proposiciones muy generales en forma concisa que suele tener su base en antiguas doctrinas o decisiones judiciales. Estos principios pueden ser tenidos en cuenta cuando la fórmula en la que está contenidos expresa un principio general del derecho.

También nos encontramos con brocados que lo son, es la expresión resumida de una institución, en este sentido no son fuente del derecho sino que tiene un elemento técnico pedagógico para recordar o saber una institución.

También tenemos brocados que son simplificaciones de una doctrina jurídica, su labor normativo es también nulo, no tiene mas eficacia que la que se deriva de la autoridad de los juristas que formulara el brocardo.

III. LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA :

Forma de referirse a la doctrina y declaraciones contenidas en resoluciones que solventan controversia sometidas a estos órganos de competencia.

Actividad de hacer dictámenes, son los que se pronuncian o establecen órganos de la administración cualificados y técnicos. Las decisiones de estos órganos tienen mucha importancia para la resolución de conflictos, lo que resuelven queda fijado y se lee con mucha atención. Tiene una función arbitral(no ley de arbitraje), van a actuar de manera arbitraria.

Los más conocidos y tenidos en cuenta son:

1. Magistratura de trabajo:

muchas de las opiniones de la magistratura de trabajo y por lo tanto del ministerio de trabajo. El representante del ministerio en un conflicto entre la empresa y un trabajador,...,son respuestas admitidas por ambas partes y sirven para solucionar los conflictos.

2.ministerio de hacienda:

en materia tributaria, existe mas duda sobre su carácter de fuente la administración fiscal, el ministerio de hacienda. La administración responde a preguntas concretas de los ciudadanos en casos concretos, cuando es con carácter general la respuesta es importante porque lo que dicte manifiesta la forma de obrar de la administración, en el caso de impuestos se puede presentar como prueba en caso de un juicio y es válido ese antecedente. Se rige por el principio de que la administración no puede ir en contra de sus propias resoluciones.

3.consejo de estado:

son otro tipo de resoluciones, según los asuntos consultados, pero sobre todo tratan temas como los tratados internacionales. También tiene una función esclarecedora en aplicación de fuentes de derecho sobre un mismo caso(cual tiene aplicación).

4.dirección general de registros y de notariado:

las directrices que emanan de ellas son iguales que las distintas normas de calificaciones, previa de la determinación del registro que tiene que existir en el registro de la propiedad civil. Este registro hace funciones sobre cualquier registro por ejemplo para clarificar los preceptos de la ley hipotecaria, en decir que uso, que función.

Tenemos la fe notarial– que es una prueba fehaciente en todo proceso, la forma de hacer, cuando se puede realizar esta labor, lo determina el registro de notariado.

Es importante no sólo porque esclarecen sino que también proponen modificaciones en las leyes y estas proposiciones se tienen en cuenta a la hora de cambiar la ley, por ejemplo el cambio de nombre, apellidos.

5.la jurisprudencia hipotecaria:

surge en la aplicación real de la ley hipotecaria de 1861, es una ley muy necesaria por la situación de que las propiedades no estaban fijadas y para ello aparece el Catastro donde aparecen las fincas y sobre el catastro van a fijarse los impuestos pertinentes. El problema de la fijación de las fincas no va acompañado de la inscripción de las fincas en el registro.

Causan estado en la esfera registral se sigue esa esfera por acuerdo de notarios y registradores. Las labores han llevado a las modificaciones legislativas, se sigue estudiando y utilizando como fuente material del nacimiento del derecho.

IV. DOCTRINA CIENTÍFICA:

tiene gran influencia en determinadas legislaciones. Cuando se habla de la autoridad de los científicos(Ulpiano, Gallo, Modestino, ...). también se produjo en España con Juan II que produce un dictamen donde declara la doctrina de dos civilistas y dos canonistas como obligatoria(los primeros Bartolo y Baldo y los segundos Juan de Andrés y Juan Tudeschi).

En el derecho moderno la doctrina de los autores no es fuente de derecho, pero tiene influencia mediata, pues al estudiar el derecho positivo ven sus incongruencias y sus opiniones, son puestas con claridad por ellos y tenidas en cuenta incluso por los propios jueces y por el jurista que la hace.

V.NORMAS ESTATUTARIAS:

son las normas de los estatutos; en el derecho histórico son muy importantes, se llama estatutos a las normas organizativas que se dan las distintas comunidades a sí mismas sin tener que ser de derecho público.

Tienen potestad normativa a la cual se someten sus miembros pero hay unas normas de organización que son la regla de juego de esa sociedad. A través de estas agrupaciones se forman las personas jurídicas que en el ámbito general se rigen por los estatutos que ellos se dan.

Hay autores que piensan que estos estatutos son fuente de derecho, *lex privata* con efecto frente a terceros dado por la organización que no es el legislativo. A veces nos encontramos con la repetición de cláusulas que pueden llevarnos a ver reglas comunes a otras y que tienen elementos comunes con otras. Son personas jurídicas con su registro correspondiente, personalidad jurídica propia.

Otras con carácter más amplio que son las reglamentaciones jurídicas de orden público, difícil de determinar son dos:

- ◆ partidos políticos
- ◆ sindicatos.

Cuando la constitución se refiere a estas dos figuras establece que su organización y estatutos deberán ser democráticos, muestra el deseo, pues los requisitos son aquellos que ellos mismos se establecen.

Otras asociaciones de derecho público son los colegios profesionales, también se refiere a ellos la constitución y también son ellos los que establecen las reglas por las que se rigen.

VI POTESTAD NORMATIVA DE LOS GRUPOS SOCIALES:

es la última fuente, la potestad normativa de los grupos sociales tiene ejemplos, y es auténtica fuente del derecho, es el fenómeno que representan los contratos colectivos y las condiciones de cada contratación. Estas establecen las formas de llevarla a cabo y en que términos.

Cualquier anomalía se resuelve aportando como norma el convenio colectivo en vigor y su contenido es llevado a la práctica y se convierte en norma que se publica en los boletines locales como norma del sector, la misma garantía que el código civil.

TEMA 11

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

37.DOCRINA GENERAL

La aplicación de las normas tiene una técnica bastante compleja que necesitamos ir fijando. Se dice que la aplicación de las normas es todo el conjunto de operaciones que se llevan a cabo para ajustar la realidad al mundo jurídico.

La doctrina tradicional decía que la aplicación del derecho era algo que se realizaba en una operación llamada *SUBSUNCIÓN* que hacía referencia a un silogismo en el que la premisa mayor es la norma jurídica, la premisa menor el hecho social que ocurriera y la conclusión los efectos jurídicos de encadenar lo que dice la norma.

El proceso no es así de sencillo, en principio, en la realidad social lo primero que aparece es un hecho, con lo cual lo primero es fijar ese hecho, después hay que determinar la norma jurídica que le es aplicable y si el primer paso ya tiene dificultades la elección de la norma aplicable mucho más. Lo primero es averiguar si

existe una norma que le sea aplicable, una vez que creemos que hemos encontrado dicha norma debemos determinar exactamente que dice esa norma y si esta reúne los requisitos formales que sea vigente, que emana del órgano adecuado, etc.

Así las cosas habría que indagar el auténtico sentido interno que tenga esa norma, es decir, debemos interpretarla. Hecho esto, debemos averiguar si en la norma está funcionando algún sistema corrector de los que hay en el derecho.

Finalmente si la norma no responde del todo a las necesidades para solventar el hecho debemos hacer una labor integradora.

Veámos como el primer paso es la fijación de los hechos que significa en primer lugar la traslación de hechos sociales a esquemas que los transforman en hechos jurídicos. (el proceso de fijación del hecho tanto en el ámbito del derecho privado como público es un tema no sólo de conocimiento jurídico sino también de sensibilidad artística del jurista).

El segundo paso es la determinación de la norma jurídica, aquí hay el aspecto material y el formal. El material es ver si en esa norma jurídica están los requisitos de legitimidad y vigencia, lo cual exige formalmente la comprobación de la autenticidad del texto de la ley. Determinadas normas por la vía de corrección de errores cambia bastante el propio sentido de la norma.

40.LA INTERPRETACIÓN: CONCEPTO, CLASES Y REGLAS

A continuación debemos pasar a la interpretación. Interpretar sin hacer perder el espíritu que está detrás es algo muy difícil; cuando nos referimos a la interpretación normativa nos referimos a qué hacemos al interpretar, una investigación dirigida a obtener el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica.

El primer problema que plantea la interpretación es el de determinar que ha de entenderse por sentido o significado de la ley. Para responder a esta cuestión se ha formulado por la doctrina una serie de posturas en las cuales se trata de determinar cual tiene que ser exactamente la finalidad del intérprete para alcanzar el sentido de la norma. De estas teorías las más importantes son las siguientes:

- teoría de la interpretación literal
- teoría de la voluntad del legislador
- teoría de la voluntad objetiva de la ley
- teoría de la escuela del derecho libre
- teoría de la jurisprudencia de intereses
- teoría teleológica
- teoría de la interpretación literal

Se dice que ante una norma jurídica no cabe más investigación que la de tratar de determinar el significado de las palabras y las proposiciones gramaticales empleadas a la norma. Esta teoría la sostienen las escuelas positivistas extremas sobre todo la escuela de la Exégesis, pero si nosotros nos fijamos única y exclusivamente en las palabras de la ley inmediatamente debemos poner en juego además de las palabras la posible relación entre lo preceptuado en el sitio y de complemento. Esta teoría es incompleta.

- teoría de la voluntad del legislador

Pretende determinar qué es lo que el legislador quiso cuando dictó la ley, es decir, tratar de averiguar cual es la voluntad del legislador, para ello no sólo nos sirve la palabra exacta de un artículo sino que tenemos que analizar los precedentes legislativos e históricos de esa disposición y además en nuestro caso de las disposiciones parlamentarias en cuanto a las distintas enmiendas presentadas sobre ese precepto.

- teoría de la voluntad objetiva de la ley

Esta concepción parte de la idea de que una norma una vez producida se separa de su autor y cobra vida independiente. Entonces no hay que averiguar lo que el legislador ha querido sino que hay que ver lo que aparece querido por la ley, es decir, cual es la voluntad de la ley. Lo que aquí está detrás es extraer de la norma el concepto o la idea que ella pretende regular, la institución o el concepto que la misma explicita.

Una idea de este tipo se deriva como consecuencia de la jurisprudencia de conceptos, y ésta, lo que ocurre es que no es fácil de hacer y tiene el riesgo de que en el análisis conceptual de la misma el intérprete vaya más allá aplicándole el conjunto de prejuicios que cada uno de nosotros llevamos y no esté en la ley.

- Teoría de la escuela del derecho libre:

Esta teoría a quien le da la capacidad de interpretar la ley es al juez, dice que hay que darle la capacidad para interpretar la ley llegando a soluciones si es necesario que este en contraste con lo que dice la ley; esta teoría lleva a darle al juez una función creadora del derecho.

Esto está de alguna manera fijado en algún sitio: el código civil francés dice que : el juez entenderá o aplicará el derecho según las reglas que el hubiera establecido en el caso de ser el legislador. Esta teoría no puede prosperar, a excepción del ejemplo.

5. Teoría de la jurisprudencia de intereses:

Parece que tiene más posibilidades de prosperar aquella en la que se trata de encontrar en la norma cuál es el interés protegido por la misma. En la norma jurídica se sigue determinados intereses de los que conviven en la comunidad política, para interpretar lo que tendrá es que tratar de encontrarse cuales son los intereses que se establecieron cuando fue creada.

Hace falta interpretar los intereses en juego ponderando la influencia de unos sobre otros y estableciendo mediante un juicio de valor el criterio que eligió el legislador y por lo tanto el predominio de interés que la norma defiende.

Gran influencia, el problema fundamental de esta teoría está en ponernos de acuerdo en qué debe de entenderse por interés.

6. Teoría teleológica:

Trata de completarse con la sexta teoría según esta la interpretación debe estar dirigida a indagar el fin jurídico de la ley, lo que significa que no debe fundarse en los motivos psicológicos que le dieron origen sino que debe buscarse el valor que la norma tiene dentro del orden jurídico en el que está enmarcada. Entonces habrá que buscar no solo el fin cercano a la disposición sino también el fin mediato.

La idea del interés viéndose a la concepción teleológica es la que hoy mas prospera.

Además de señalar estas concepciones de lo que es interpretación se pueden hacer muchas clases de interpretaciones.

CLASES DE INTERPRETACIÓN

Se establecen en función de unos criterios:

- Los elementos que utiliza para ésta

- Quien hace la interpretación
- Los resultados que se obtienen de esta

Con bastante similitud cuando la clasificación que se refiere a los criterios que se siguen va a tener relación con el objeto que se intentaba alcanzar con la interpretación.

Cuando se clasifica a razón de los objetos recibe los nombre de:

- Interpretación legal o auténtica
- Interpretación usual
- Interpretación jurisprudencial
- Interpretación doctrinal
- Interpretación legal o auténtica

La que hace el mismo sujeto que ha hecho la ley, es decir, si es el mismo legislador, el que aclara, da sentido de la norma se dice que es quien hace la interpretación. Esta a veces se encuentra con claridad en las exposiciones de motivos, pero éstas no siempre proceden del mismo legislador.

Además nos encontramos con normas que aclaran posteriores a la legislación o aclaran pasajes oscuros o ambiguos de la legislación anterior. Esta es una disposición interpretativa que se refiere a una norma, la mayoría de las veces estas las realizaba un órgano subordinado al que dictó la primera norma y se les suele llamar interpretación legal o auténtica. Su valor es altísimo, tiene una fuerza extraordinaria, la misma fuerza que la propia ley.

- Interpretación Usual

Es la que se realiza o se contiene a través de la costumbre de entender lo que dice la disposición; o esa forma de entender lo que dice la disposición es la que hemos llamado USOS INTERPRETATIVOS, son los que nos da el contenido exacto del significado de las palabras legales.

En esta interpretación a veces se plantea algún problema terminológico cuando usualmente por un término jurídico se entiende distintas cosas dependiendo del lugar en que se haga la interpretación.

- Interpretación Jurisprudencial

Es la que hacen los tribunales cuando juzgan. Se equipara a la que realizan los organismos públicos competentes y también entra dentro de la misma clase de interpretación la jurisprudencia cautelar.

Esta es aquella que hace o bien los tribunales u otros órganos públicos para prevenir eventuales conflictos que surgen de la aplicación de la norma; y esa en principio quienes la establecen son los profesionales del derecho, sobre todo los notarios y los abogados.

Esta jurisprudencia es en la realidad práctica muy importante.

- Interpretación doctrinal

Finalmente la interpretación doctrinal es la que realiza la doctrina científica cuando analiza el derecho. No tiene valor como interpretación para acudir a ella, sino que tiene el valor de la persona que propone ese tipo de lectura de la propia norma.

Estas cuatro clases de interpretaciones hay que tenerlas en cuenta.

En relación con la Teoría de la voluntad del legislador tenemos los siguientes tipos de interpretación:

- Interpretación gramatical.
- Interpretación lógica.
- Interpretación histórica.
- Interpretación sistemática
- Interpretación sociológica.
- Interpretación teleológica.
- Se atiende en la interpretación gramatical al texto de la ley y ésta hay que hacerla tanto de las normas dudosas como de las claras. Al sólo contenido de las palabras hay que unir la II interpretación lógica, es decir, la concatenación de ideas que están plasmadas en palabras, es decir, en averiguar el elemento formal que se esconde detrás de las palabras de la norma, sacando las conclusiones normales en todo conocimiento lógico. La interpretación gramatical y la lógica es una distinción de razón que se produce en la propia lectura de la disposición.
- La interpretación histórica que nos ayuda a conocer el sentido de la norma para aplicarla teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, y tiene importancia a que la ley es un desarraigo de un derecho preexistente.
- La interpretación sistemática es la que relaciona las normas dentro de la institución que está regulando, y cada institución con las restantes, debe hacerse siguiendo los principios generales que rigen las distintas ciencias.
- La interpretación sociológica tiene en cuenta los factores puramente sociológicos, económicos, políticos, religiosos y naturalmente la norma tiene que interpretarse en relación a su función social.
- La interpretación teleológica tiende a conocer la finalidad.

En Tercer lugar tenemos la teoría de la voluntad objetiva de la ley, que puede ser:

- Declarativa: toda interpretación es declarativa, pero no siempre es fácil determinar cuando las palabras de la ley están de acuerdo con el espíritu de la misma, en estos casos hace falta hacer una interpretación diciendo el resultado. Pero hay determinados casos en los que la interpretación corrige, en estos casos la interpretación puede ser restrictiva(se restringe a lo puramente gramatical) o extensiva haciendo que el precepto legal sirva para situaciones distintas de aquellas contempladas en la norma.

REGLAS GENÉRICAS DE INTERPRETACIÓN

1.- Jerarquía normativa

2.-Principio irretroactividad de las leyes. está regulado en el artículo 2.2 del código civil y el art. 2.3 del código civil.

3.-principio de la interpretación restrictiva de las leyes penales excepcionales y temporales. las cuales no se aplacaran a supuestos ni a momentos distintos a los contenidos expresamente en ellas. Art 4.2 del código civil.

4.-Principio a tener en cuenta de que en la aplicación de las normas hay que seguir la norma especial utilizando como supletoria la norma general. Un ejemplo lo tenemos en el art 4.3 del código civil.

5.- en nuestro sistema jurídico existe el principio de respeto de los derecho adquiridos de manera tal que las normas tienen que interpretarse en el momento de conflicto de intereses tratando de defender los derechos adquiridos por los sujetos.

Todas estas reglas están reflejadas en una serie de palabras que ayudan en esta labor de la interpretación de las normas jurídicas:

- Las normas no se pueden interpretar aisladas.
- Donde la ley no distingue no se debe distinguir.
- Si la ley se refiere a un caso determinado quedan excluidos los demás
- Si la ley autoriza lo más implícitamente permite lo menos.
- Si la ley prohíbe lo menos con mayor razón prohíbe lo más.

En el artículo 3.1 del código civil, en este artículo se establecen por ley los criterios que tienen que aplicarse para la interpretación.

Cuando se dice las normas se interpretarán según el sentido..., la norma está recogiendo la interpretación gramatical. Cuando dice en relación con el contexto se refiere a la interpretación sistemática, se refiere al lugar del texto legal en el que figura la norma y que tiene que servir como criterio para interpretarla. La referencia al contexto es a la interpretación sistemática.

Cuando hace referencia a los antecedentes históricos y legislativos se refiere al criterio de interpretación histórico refiriéndose a los precedentes propios de la ley. Cuando dice que se debe interpretar en relación con el momento estamos hablando del criterio sociológico, cuando hace referencia atendiendo fundamentalmente al espíritu aquí se hace referencia a la interpretación lógica porque eso significa que no sirve la sola interpretación lógica sino que hay que ir más allá de las palabras descubriendo el significado de estas en el criterio gramatical.

Nuestro sistema jurídico nos exige la continua utilización de prácticamente todos los criterios que elaboró la doctrina para leer y aplicar todo el derecho.

Una vez establecido lo anterior debemos mirar que ocurre si aplicando todos estos criterios y teniendo delante las fuentes del derecho nos encontramos con un caso que no tiene solución jurídica, es decir, cuando aparecen las lagunas.

38.39.LAS LAGUNAS DE LA LEY Y SUS CLASES. MÉTODOS DE ELIMINACIÓN DE LAS LAGUNAS. LA ANALOGÍA.

En general utilizamos el término laguna como posibles vacíos, es decir, las lagunas de la ley son deficiencias derivadas de la insuficiencia de los textos legales, pero se puede hablar de laguna en dos sentidos:

- COMO LAGUNAS APARENTES
- COMO LAGUNAS DEL SISTEMA

Con el término lagunas aparentes se hace referencia a las lagunas que en una ley aparecen puesto que no regula un punto determinado que debería estar regulado en esa norma o contemplado como hipótesis. En rigor cuando hay una laguna aparente no se puede decir que haya laguna en sentido técnico porque la insuficiencia que se persigue en ese precepto legal puede llenarse obteniendo la norma aplicable por medio de una interpretación sistemática o recurriendo a la regla general a la que la propia ley suele remitir.

En nuestro sistema para que estas no se produzcan establece muchas leyes cuyo contenido podía estar en una sola ley en la que se abarcara distintos supuestos. Ej: en el derecho mercantil– ley de sociedad anónima y ley de responsabilidad limitada.

Estas lagunas doctrinalmente se ha recogido que existen desde siempre, aunque hay algún sector de la doctrina que las niega habida cuenta de la unidad y la plenitud del ordenamiento.

Nuestro sistema legal si admite que puedan existir lagunas en la ley por son insuficientes las fuentes formales recogidas en el art1 del código civil y por eso hace referencia a los principios para superar la existencia de

lagunas. Eso significa que al tratar el propio código de suplir por el sistema de la jerarquía de las fuentes las posibles lagunas de la ley y el sistema legal, lo que no admite es la existencia de lagunas del derecho; y establece una fuente subsidiaria para poder rellenar estas lagunas. A esta especie de sistema se le conoce con el nombre de ANALOGÍA. A esta se dedica el art 4 del código civil; en principio analogía técnicamente es la aplicación a un caso determinado que no está regulado de una manera directa en ninguna norma jurídica de otra norma prevista para un supuesto de hecho distinto pero que guarda semejanza con el caso contemplado.

La diferencia entre interpretación extensiva y la analogía

Para que esto no ocurra se ha hecho una teorización de lo que es la analogía realmente, tenemos así dos clases de analogía:

- Analogía legislativa
- Analogía del derecho, es decir, analogía iuris.
- La Analogía legislativa procede de lo particular a lo particular, existe un hecho no regulado pero hay otro parecido que está regulado en otra norma y entonces se aplica lo regulado a la otra norma para resolver el supuesto.
- Tenemos que partir de lo particular a lo general y luego aplicar lo general obtenido de un caso concreto del supuesto que nos ocupe, es decir, si ha inducido un principio normativo con base legal para aplicarlo a un supuesto que no está contemplado por la norma.

Por eso el artículo 4.1 del código civil dice que procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplan un supuesto específico pero regule otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón se corresponde con la analogía legislativa). los jueces y los tribunales tiene el deber inexcusable de conocer en todo caso los asuntos de que conozca ateniéndose a los procedimientos establecidos art 1.7 CC.

No todas las normas pueden aplicarse en el caso de lagunas con criterio de analogía, así dice el art 4.2 las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito territorial no se aplicarán a supuestos ni a momentos distintos a los previstos en ellas.

las disposiciones de este código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes art 4.3 CC. El código civil se convierte en norma supletoria de todo el sistema. Pero, para aplicar exactamente lo que es la analogía hay el requisito fundamental de que exista una laguna, no que por impericia técnica creamos que exista una sino que exista realmente; en primer lugar que concurra para la analogía la identidad de razón entre el supuesto no regulado y los previstos por la ley, es decir, que exista la eade ratio decidendi (la misma razón para decidir).

En tercer lugar tenemos que asegurarnos de que no existe una disposición contraria a la aplicación de la analogía.

TEMA 12

41. CONSIDERACIONES GENERALES

Toda norma jurídica contiene un mandato que supone la observación de determinada conducta por los sometidos a esa norma, y prevé con??? Para los casos de incumplimiento del mandato a la vez que reconoce situaciones jurídicas de las que pueda surgir poderes y deberes jurídicos.

En este postulado básico la eficacia general de las normas jurídicas presenta un triple aspecto: existe una eficacia obligatoria, una eficacia represiva o sancionadora y presenta una eficacia constitutiva.

Cuando nos referimos a que la norma tiene una eficacia obligatoria, estamos haciendo referencia a que la

norma impone la observación de la conducta exigida por el mandato, es decir, como quiere que la norma mande su aspecto inmediato es el de imponer un deber de los destinatarios de la misma; entonces el concepto de deber jurídico consiste en la observancia de un comportamiento que se considera necesario para alcanzar el ordenamiento jurídico; cuando el mandato no es cumplido se produce unas consecuencias jurídicas en las que consisten la eficacia de modo represivo o sancionadora, es decir, se les exige a los destinatarios actos concretos que subyace que cuando se producen o no actos contrarios al mandato o obtención de resultados distintos a lo mandado aparece la violación de la norma y se producen una serie de consecuencias por medio de las cuales se intenta reprimir la conducta antijurídica; estos dos medios para reprimir son de muy diversas clases y es baldío intentar una clasificación sistemática de estas posibles sanciones, a pesar de ello las mas llamativas son las sanciones preventivas, las sucesivas, el resarcimiento de daños y la reparación de perjuicios y la nulidad de actos jurídicos.

Las sanciones preventivas tienden a evitar el incumplimiento colocando al posible infractor en una situación de dificultad para hacer lo contrario a la norma, se distingue:

–sanciones preventivas físicas– arresto preventivo, detención policial.

–sanciones preventivas económicas– estableciendo garantías.

Estas sanciones existen en todos los derechos y hay que contar con ellas para evitar el incumplimiento de determinadas normas jurídicas.

Las sanciones sucesivas son principalmente: la pena y la restitución forzosa– la pena siempre consiste en la privación de bienes jurídicos o derechos para el infractor, dentro de la privación de bienes jurídicos nos podemos encontrar desde la más grave de todas ellas: privación de la vida, hasta la privación de libertad, dentro de esta existe la reclusión, la prisión o arresto. A parte tenemos la privación de derechos políticos: inhabilitación, privación del derecho de sufragio. También pueden consistir la pena en la privación de la capacidad de obrar, la pena que consiste en esto se conoce con el nombre de Interdicción civil; también existen penas de naturaleza económica como también la multa o bien el comiso; además tenemos la sanción puramente penal que puede ser una pena en sentido técnico estricto con arreglo al código civil o puede ser una penalidad civil impuesta por las leyes y los reglamentos administrativos. La suspensión para ejercicio de cargos públicos por la comisión de un acto contrario a la eficacia de las normas es muy escasa.

La segunda de las sanciones a parte de la pena, la restitución forzosa consiste en obligar al infractor a cumplir la norma inobservada substituyendo la voluntad del infractor por la voluntad judicial en el orden establecido con carácter general para casos de incumplimiento.

Esta infracción se encuentra establecida con carácter general para los casos de incumplimiento de obligaciones. Es este sentido el resarcimiento del daño y la reparación del perjuicio consiste en imponer al infractor de la norma jurídica la satisfacción de un interés equivalente al de quien ha sufrido el daño, para comprender el perjuicio causado por el comportamiento a esa conducta ilícita.

El resarcimiento del daño significa que hay que compensar el daño y reparar el perjuicio tratando de poner la situación como si no se hubiese producido la infracción. El Código civil impone con carácter general la indemnización y la reparación de daños causados en la culpa contractual y la culpa extracontractual (art 1101–1902).

La nulidad de los actos jurídicos: esta sanción consiste en la privación de efecto al acto que normalmente se produciría de haberse seguido con la infracción. Este es un caso muy difícil de la fijación de la nulidad de los actos jurídicos contrarios al derecho, y la apreciación de la nulidad de dicho acto en una sanción general de carácter civil.

La norma lo que hace es transformar la realidad social en una realidad jurídica y como consecuencia se reconocen poderes y deberes, precisamente porque otorga un poder la norma hace que un acto pueda nacer. Estos poderes y deberes a veces se imponen a los cometidos, se les obliga a ejercer este poder como consecuencia de actos previos. Esta eficacia constitutiva se verá más adelante.

Este tema que acabamos de ver va a estar regulado en los artículos 6 y 7 del Código civil: eficacia general de las normas jurídicas(título 3). Al ser dos artículos los que se ocupan de esta cuestión tenemos que pasa a regularlas y por eso hablamos de:

–Límites a la eficacia en el aspecto personal.

–Límites a la eficacia en el aspecto temporal.

–Límites a la eficacia en el aspecto territorial.

42.LÍMITES A LA EFICACIA EN EL ASPECTO PERSONAL

Cuando hablamos de límites es de delimitación: hasta donde manda el ordenamiento jurídico y lo que queda fuera. El deber jurídico de obediencia se caracteriza por la nota de la generalidad; este deber general obliga no sólo a los miembros de la comunidad en concreto sino a todos los miembros de la sociedad y se impone como consecuencia del art 14? Del código civil:

- que ocurre cuando se ignora la norma
- que ocurre cuando el sujeto tiene un error de derecho
- porque en determinados casos a alguien se le puede dispensar de la ley.
- podemos renunciar a las leyes
- que ocurre cuando realizamos un acto en fraude.
- **la ignorancia de la norma**

El art 6.1 del código civil dice que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, la regla general es que la ley es obligatoria incluso para aquellos que ignoran sus disposiciones. Lo que quiere decir el precepto es que el desconocimiento de la ley no puede servir de excusa para incumplirla habida cuenta de que existe un sistema de publicidad de las normas, este es un fundamento subjetivo que no parece que contrarreste la realidad de que hay que conocer todas las leyes porque incluso para nosotros los técnicos nos es extraordinariamente difícil conocer todo el conjunto normativo que se produce, es decir, los profesionales del derecho muchas veces no conocen todo el ordenamiento jurídico. Lo que quiere decir la regla es que hay una necesidad social de que el cumplimiento de las normas no dependa del arbitrio del que tiene que estar sometido a ellas, las normas son obligatorias con independencia de que sean o no conocidas y la admisión de que su ignorancia se tiene, no es excusa ante la infracción de la norma, es decir, la sanción que lleva aparejada la norma en su incumplimiento se va a cumplir tanto si el incumplidor conocía la ley como si no la conocía.

Existe un especial deber de cumplimiento y conocimiento que está impuesto a las autoridades y funcionarios y si no conoce tendrá una especial sanción.

Este deber es mucho mayor en los tribunales que tienen que aplicar de oficio el derecho, y aquí es donde hay que enardinar??el principio de iura novil curia, (el derecho lo conoce la curia) la curia no puede por ley determinar, ni fijar, ni señalar, ni decir que no conoce el derecho. El juez decide de acuerdo con los hechos alegados y probados por las partes litigantes pero no está ligado por las alegaciones de derecho que haya y puede tener presente una norma no invocada por las partes: da mi factum dado tibi iusu (dame el hecho y yo te daré el derecho). Esto también está basado en el 1.7 del código civil.

2.el error en el conocimiento del derecho:

En principio se sostenía que no puede darse el error o que este es inexcusable. Esta postura tan taxativa tiene que matizarse de muchas maneras:

No podemos confundir un error de hecho con un error de derecho. El error de hecho conlleva a aplicar un derecho errado y en esta posición se admiten más posibilidades de arreglo.

Puede darse por un vicio de la voluntad, querer engañar, pero en otras muchas cuestiones de la vida no, lleva a que haya situaciones en las que la confusión del derecho está condicionada por el hecho e incluso por el derecho. Si hay un error en la base tenemos que tener la posibilidad de dar marcha atrás.

Para que se arregle la situación nuestro código civil dice que:

el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen

los errores no previstos en las leyes no tienen arreglo, sólo los reflejados en las leyes.

El derecho es poco propicio a la admisión de errores para no entorpecer el tráfico jurídico, pero en los casos en los que esto haya sido así, establece soluciones.

-Dispensa de ley:

sería la exención de cumplimiento para una persona de un ejercicio concreto. Una persona a la que se le deja no seguir la orden de un norma.

El código tiene que ser cumplido por todos y es igual para todos, la dispensa de ley es muy escasa, dispersas, propiciados por la ley, por ejemplo: un matrimonio que se realiza antes de la edad legal o la emancipación por concesión a partir de los 14 años.

Existen las legitimaciones por concesión real, los hijos ilegítimos se legitimaban por concesión real.

Hay algunos casos equiparables a estos como por ejemplo la concesión de nacionalidad a un futbolista antes del tiempo necesario.

-Renuncia de ley:

Se sostiene que los derechos concedidos por las leyes son renunciables a no ser que la renuncia sea contra el interés general y el orden público que ordena la ley. Todos los principios de derechos son renunciables, en este caso ¿ la ley no está incluida dentro de la renuncia, renunciamos al derecho, no a la ley?

Tenemos que distinguir derecho de ley. La obligatoriedad de las normas no sería tal, sino que yo renunciaría a las leyes con sus deberes y sus derechos. Esto no puede ser, a las normas de derecho imperativo, ni a los deberes ni a los derechos, a las normas de derecho dispositivo se puede renunciar pero no a todas, es decir, que la exclusión de una norma puedo decir que prefiero otra norma de las dispositivas.

Elijo y al manifestarme de esta forma renuncio a las otras formas. Renuncia preventiva, he decidido que no quiero.

A veces esto no es tan sencillo porque hay cosas que no afectan al colectivo pero otras sí. Se puede renunciar a derechos adquiridos, la renuncia abdicativa, porque esta no cambia las situaciones. Nuestra legislación esto lo expresa como: la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidos cuando no contraríen el interés ni el orden público ni perjudiquen a terceros.

Las normas de derecho positivo son irrenunciables porque están establecidos para defender el orden público.

-la realización de actos contrarios a la norma:

cuando realizamos un acto contrario a lo fijado por la norma que pasa: es válido no.

Art cod civil: los actos contrario a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho salvo que en ellas se establezca un efecto distinto en caso de contravención.(eficacia de las normas jurídicas)

La sanción de nulidad afecta a todos los actos, tanto actos concretos, actos jurídicos de cualquier clase.

Cuando el art 3 se refiere a las normas imperativas y prohibitivas, tanto a las normas de derecho privado como de derecho público. Pero siempre y únicamente se refiere a las normas de derecho necesario, es decir, a las normas ius cogens.

Nos dice que son nulos de pleno derecho, es decir, son nulos ipso iure, nulidad automática, no produce efecto alguno, aunque no sea declarado nulo no es susceptible de convalidación, no se puede arreglar. Ahora bien hay algún caso en el que la ley permite su validación, pero tiene que decirlo la propia ley.

El problema que hay aquí está en que nosotros tenemos muchas normas imperativas y prohibitivas sobre todo en derecho administrativo, lo cual significa que los actos que son contrario a las normas administrativas en su mayoría se convierten en actos nulos y no están hechos adecuadamente. En determinado sentido para nosotros los administrados nos viene bien pues la administración tiene que actuar por lo regulado.

Nulo- se tiene por no hecho

Anulable- se hace nulo por las circunstancias.

La mayoría de esos actos son ipso iure, nulos por lo tanto no fueron hechos.

-Fraude de ley:

uno de los tipos más importantes de actos contrarios a la norma son los actos en Fraude de ley. El acto en Fraude de Ley es aquel cuyo resultado está prohibido por una ley pero que se ampara en otra ley dictada con distinta finalidad.

Nos interesa el hecho, un acto moralmente inadecuado, jurídicamente el resultado cuando se detecta este problema(muchas veces no llega a detectarse) para que se produzca es preciso que exista una infracción a la ley por contrariar su finalidad práctica, nunca puede entenderse protegido por la ley en la que se ampara. Cuando esto se detecta el acto en fraude de ley es nulo de la misma manera que el acto contra una norma. Y se le aplican todas las formas de nulidad analizadas en actos contrarios a la norma. Además se tiene que producir la aplicación de la ley que le corresponde sacando aquella ley que fraudulentamente le servía de protección.

Estos actos en fraude de ley se producen en todas las esferas del derecho tanto en el derecho interno como en el ámbito del derecho internacional privado, donde tiene una relevancia extraordinaria.

También afecta extraordinariamente en el derecho público, en uno de los campos donde mas afecta es en el derecho financiero y tributario. La ley general tributaria acoge la figura y declara nulas estas situaciones.

También se producen en derecho administrativo, es muy distinto si lo realiza un particular, más difícil no hecho por los particulares sino por la administración, en este caso es a lo que técnicamente se conoce como desviación de poder y se declaran nulos cuando se detectan. Desviación de lo que el poder tiene que hacer

amparándose en las normas. Es otro de los elementos importantes para ver la escala jerárquica de las normas sino también la apertura de las normas dentro de las mismas normas. Por eso dentro del derecho hay que tener claras las normas para aplicar lo adecuado y no otro.

El código civil al respecto dice en el art 6 n° 4 los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirá la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

43.LOS LÍMITES A LA EFICACIA EN EL ASPECTO TEMPORAL

La norma jurídica tiene una duración limitada, adquiere su fuerza en su entrada en vigor y la despliega hasta que se extingue. Pues las normas jurídicas tienen unos límites temporales: problemas.

1.- vida propiamente dicha de la norma

- nacimiento de la norma.
- extinción de la norma.

2.- efectos que una nueva ley puede producir sobre los actos y situaciones jurídicas realizadas durante la vigencia de la ley anterior que queda extinguida.

Eso significa que estos dos problemas los vamos a analizar en tres puntos:

- Comienzo de la vigencia de la norma
- Casación de las normas y sus causas. El problema de la derogación.
- El problema de la retroactividad e irretroactividad de las leyes y sus grados.
- **comienzo de la vigencia de la norma**

Cuando hablamos del proceso formativo de la ley, hablamos de que cuando la ley termina de formarse concluye con la sanción. Pero antes de su entrada en vigor se necesita la publicación y la promulgación, cuando el jefe de estado declara que la ley se tiene en cuenta y las autoridades cumplan y hagan cumplir la ley. Acto seguido se publica. Esta separación de pasos no se ha visto con claridad siempre, por ejemplo en la anterior redacción del código civil confundía publicación y promulgación. En la redacción actual del código civil con la publicación se determina el plazo de entrada en vigor, sirve de elemento de fijación para señalar cuando la norma va a entrar en vigor porque ella misma lo dice o por una regla que determina la entrada en vigor.

Es decir, las leyes entran en vigor cuando en ellas se expresa tácita o expresamente, 20 días tras su publicación: el art 5 del código civil dice:

siempre que no se establezca otra cosa en los plazos señalados por días a contar desde uno determinado quedará este excluido del cómputo, el cual deberá empezar el día siguiente, si está fijado en meses o en años se computarán de fecha a fecha, cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al empezar el cómputo se entenderá el día final de mes.

Este es el cómputo civil de los plazos. Además tenemos el cómputo administrativo, en el cómputo civil se los plazos no se excluyen los días inhábiles.

La entrada en vigor objetivamente puede ser simultánea o sea a la vez en todo el territorio nacional; sucesiva cuando se marcan diferentes fechas para su entrada en vigor. También la entrada en vigor puede ser inmediata cuando entra en vigor al día siguiente de su promulgación, no inmediata cuando se pospone a una fecha posterior bien el del código civil bien el de la propia ley.

En nuestro sistema la entrada en vigor de las normas tiende a ser no inmediato y a ser simultáneo para todos los territorios. Este sistema que está señalado en el art 2 del código civil se aplica no sólo para la norma de un hecho determinado sino para todas las normas.

Si este problema de la entrada en vigor tiene problemas el aspecto del cese es aún más complicado. Cuando y como cesan, **la cesación de la vigencia de las normas** jurídicas puede ser temporal o definitiva.

Se dice que hay una cesación temporal cuando por alguna causa se suspende la eficacia de la ley o se establece una moratoria en su aplicación. La suspensión es un problema muy complejo y se suele dar por motivos coyunturales graves; la moratoria significa que hay una norma que tiene plazo de entrada en vigencia y que por alguna circunstancia se retrasa su entrada en vigor.

El gran núcleo de problemas de la cesación de las normas se produce con la definitiva en la que pueden verse y analizarse causas internas y externas:

- **causas internas**: está en primer lugar que la propia ley haya establecido un plazo predeterminado de vigencia y que este haya transcurrido, este supuesto se da en las leyes temporales, y transcurrido ese plazo se dice que la ley ha caducado. Normalmente estas leyes tienen una cláusula según la cual permanece la vigencia de una norma hasta que la otra entre en vigor, es la llamada prórroga.

En segundo lugar, cuando una ley es dictada en relación a una situación determinada y que esta haya desaparecido. Cuando esto ocurre hace que la ley pierda su eficacia, entonces se dice que cesada la razón de la ley, cesa la ley misma. P ej. Estado de guerra.

- **Causas externas**: la causa externa cabe reducirse a la figura que se conoce con el nombre de derogación o abolición; esta palabra lo que trata es de la modificación o extinción de una norma en virtud de otra nueva. La derogación de la ley obedece a dos principios generales:
 - toda norma jurídica puede ser modificada o extinguida por otra.
 - la derogación ha de hacerse por una norma que tenga rango igual o superior a la derogada.

En el primero de los casos, está basado este principio en la propia esencia de lo que es el derecho porque la norma jurídica es un presupuesto racional en el cual se manifiesta la voluntad soberana y la voluntad soberana puede cambiar, por lo tanto la racionalidad es la que se expresa que cambia; por lo tanto no se puede en técnica jurídica dictar una disposición que tenga dentro de sí la intención de perdurabilidad o inmutabilidad, esto no significa que no nos encontremos con disposiciones legales con una vida larguísima.

El segundo de los principios es la aplicación del principio de jerarquía normativa. En el artículo 2º del Código Civil dice: las leyes sólo se derogan por otras posteriores, la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y (...). **por la simple derogación de una ley, no recobra vigencia la que esta hubiera derogado.**

Esta situación se agravará por otro problema que es el conocido con el nombre de la **desuetudo**, es decir, el desuso de la ley. La antigua redacción del Código Civil contenía una disposición en la que se declaraba que por la observancia de las leyes no podrá prevaler el desuso,..., es decir, el desuso hacía que la ley continuara vigente; actualmente este precepto no continúa vigente y nos encontramos de nuevo con el tema de la jerarquía de las fuentes. Nos encontramos con que el desuso tradicionalmente se ha unido a la costumbre contra legem que no es fuente del derecho pero veremos como al estudiar las distintas disciplinas este juego del desuetudo jugará de distinta manera en cada una de las ciencias jurídicas. Pero podemos encontrarnos con que el rescate de alguna norma es necesario.

El desuso no es equivalente a la derogación; a parte de la derogación expresa tenemos una derogación tácita cuando las reglas de la nueva ley son incompatibles con las leyes o disposiciones precedentes, para la determinación de esta derogación tácita es precisa la interpretación.

Retroactividad e irretroactividad:

El artículo 2 del Código Civil dice: las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusiere lo contrario.

Cuando se produce la sustitución de una ley por otra, es decir, es derogada, se plantea el problema de determinar cual de las dos leyes debe regir los actos y las situaciones nacidas durante la vigencia de la ley antigua que ya ha sido derogada.

¿sigue produciendo efectos la ley antigua o no? Este problema suele ser resuelto en la ley que nace por las denominadas normas transitorias, o normas de derecho transitorio. En ellas se trata de regular los conflictos de cuando se aplica la vieja y cuando la nueva. Determina si la ley nueva ha de aplicarse a relaciones jurídicas en vigor de la regla derogada; si siguen aplicándose con la ley nuevo normas viejas se dice que es retroactiva, o en la parte que se aplique, cuando la nueva ley deja muy poco resquicio para la legislación anterior se dice que en esa disposición rige el principio de irretroactividad.

La realidad es que las leyes no pueden ser totalmente retroactivas o irretroactivas porque si lo son se pueden dar situaciones de total injusticia.

Es el legislador el que tiene que determinar el grado de retroactividad o irretroactividad que debe de tener cada ley y que lo hará estableciéndolo, con respecto a los principios de justicia y bien común. Tiene que establecerse por ciencia jurídica una especie de teorización sobre los grados de retroactividad que cabe cuando aparece una ley nueva. En sede doctrinal se dice que la retroactividad tiene tres grados:

- Retroactividad en grado mínimo.
- Retroactividad en grado medio.
- Retroactividad en grado máximo.
- **Retroactividad en grado mínimo:** se dice que hay retroactividad en grado mínimo cuando la nueva ley se aplica sólo a los efectos futuros de la relación nacida bajo la ley antigua, es decir, se aplica a los efectos no al nacimiento de la relación.
- **Retroactividad en grado medio:** se dice que la retroactividad en grado medio cuando la ley nueva se aplica a los efectos nacidos antes de la vigencia de la ley nueva pero que no se hayan consumado.
- **Retroactividad en grado máximo:** es cuando la ley nueva se aplica a la situación y la relación jurídica nacida durante el mandato de la ley antigua y por tanto a todos los efectos de la relación incluso a los que se hayan consumado.

Nos vamos a encontrar con el problema de la interpretación, al analizar, el análisis de los contenidos de la ley, la efectividad de esta a lo largo del tiempo.

Dentro del propio ordenamiento existen unas indicaciones en las cuales se nos señala las reglas de la transitoriedad, sobre la retroactividad la primera de estas reglas está en el artículo 2º del Código Civil el principio genérico es que la ley se da para el futuro nunca para el pasado. En el Código Civil existen muchas más reglas. Fijación de las disposiciones transitorias que figuran en el código civil también para el sistema general del derecho, solucionan el tráfico jurídico. Se clasifican en:

- Reglas generalísimas
- Reglas generales
- Reglas especiales
- Reglas especialísimas.
- **Reglas generalísimas:**

Dice: las variaciones introducidas por este código que perjudique derechos adquiridos por la legislación anterior no tendrán efectos retroactivos, es decir, los derechos adquiridos con la antigua legislación no se

mueven con la nueva. Cuando un derecho tiene existencia y se haya atribuida a un sujeto la modificación legislativa no afecta a esa situación.

Tengan igual extensión e igual contenido. Esta disposición son una redacción pero aparece en nuestra constitución en el artículo 9 la constitución garantiza la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales.

Nos encontramos con otra norma en el artículo 13 del Código Civil que establece el principio de analogía, que dice: los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán apoyándose en las normas que le sirvan de fundamento. Si aplican los principios que le sirven de fundamento tenemos que aplicar los principios que le dieron fuerza, es decir, los principios que estaban en la antigua ley no la nueva. Se aplica pues la norma de su nacimiento.

• **Reglas Generales:**

- 1.-Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos según la legislación anterior aunque la nueva ley no regule o no reconozca esos derechos. Siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen.
- 2.-Aunque una ley disponga que su contenido tiene una retroactividad de alguna clase este no podrá aplicarse a los derechos adquiridos. Esto tenemos que completarlo con el ejercicio de los derechos; hay una enorme diferencia entre tenerlo reconocido, el ejercitarlo y la garantía del cumplimiento del ejercicio de todo el derecho tal y como está planificado.

Se dice que los derechos nacidos y no ejercitados con respecto a una norma anterior subsistirá en la extensión y en los términos que les reconociere la legislación precedente aunque incluso la norma posterior no contemple esa forma de ejercitarlos. Pero para apoyar la garantía de esos derechos se seguirán los cauces procesales o procedimentales que se establezca en la nueva legislación.

- 3.-Las disposiciones sancionadoras nunca pueden tener efectos retroactivos. El incumplimiento de deberes o el ejercicio del derecho levaba aparejadas una serie de multas en la legislación antigua y estaban reflejadas en la normativa civil y lo sigue estando de alguna manera sin que constituya delito; cuando en la legislación anterior al Código Civil el incumplimiento de estas obligaciones carecía de sanción por mucho que el código actual disponga sanción no puede aplicarse esta a lo nacido con la ley anterior.

Si la infracción de la norma en la legislación anterior llevaba aparejada una sanción grave o leve e incluso la pérdida del derecho y la nueva ley a esa actuación la priva de sanción, en este caso la norma es retroactiva.

Esto figura en la constitución en el artículo 9: la constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras.

44. LÍMITES A LA EFICACIA EN EL ASPECTO TERRITORIAL

Nuestra legislación no señala los límites del territorio español para lo que tendríamos que acudir a la demarcación de los Estatutos de Autonomía que delimita el territorio de la Autonomía. Esto debe ser tenido en cuenta porque en el conjunto legislativo español también esta la legislación autonómica que en determinados momentos puede colisionar y que afectan a muchas situaciones.

Hoy día no tenemos una lugar claro en la legislación en el que se nos diga los límites en cuanto al derecho general.

La relación entre los ordenamientos no siempre es pacífica, se plantean conflictos que deben ser solucionados. En general cuando las situaciones conflictivas se plantean entre personas con la categoría de españoles y

personas extranjeras de ellas se ocupa el derecho internacional privado y al conjunto de normas y acuerdos pactados que solucionan estos conflictos. Son las normas de colisión o conflicto. Cuando las relaciones se plantean dentro de España se ocupa de los conflictos el derecho interterritorial o interregional.

Lo normal cuando existe un conflicto es que haya dos normas distintas en cada país para solventar el mismo asunto y que esas normas sean contradictorias. Para solución de las normas se siguen dos principios genéricos:

- Principio Personal
- Principio Territorial
- PRINCIPIO PERSONAL: Según el principio personal las leyes se dictan para las personas y se aplican a estas aunque se encuentre fuera del territorio del país.
- PRINCIPIO TERRITORIAL: Según el principio territorial las leyes se dictan para el territorio y se aplican en ese territorio a cualquier persona que se encuentre en él.

El principio personal es el típico, propio del derecho romano donde cada país tenía su status regulado, mientras que el principio territorial es el que se aplicó en la Edad Media; pero si analizamos el contenido de estas dos situaciones vemos como ambas producen auténticas injusticias, por ello desde la propia Edad Media se ha intentado ir formulando teorías para armonizar estos dos principios.

Estas teorías son las que de alguna manera inspiran los modernos sistemas de derecho internacional privado, la solución a la que se ha llegado es a la de fijar el predominio que en cada clase de relación jurídica se debe conceder bien al principio personal, bien al principio territorial.

Se empiezan a establecer puntos de conexión según la clase de conflicto se aplica la legislación nacional o extranjera.

Los puntos de conexión mas importantes son:

- la nacionalidad o el domicilio: asuntos que se rigen por la ley de la nacionalidad del sujeto y otras por el domicilio del sujeto.
- objeto estudio de litigio: también se establece en el cual se refiere no al sujeto sino atendiendo al objeto del litigio. El lugar donde esté la causa sobre la que hay un conflicto. Si está en Francia se aplica la ley francesa con independencia de que los sujetos que intervengan en el conflicto sean o no franceses o tengan el domicilio en ese país o no.
- legislación aplicable en una obligación: también se plantea en el caso de las obligaciones, cual legislaciones tiene que aplicarse. La obligación se rige por el lugar donde ha surgido o la ley del lugar donde se cometió el delito se abre esta vía pero no concluye, es un principio poco operativo.

Lo que suele ser común y aceptado en los conflictos jurídicos es que se solventan procesalmente según la *lex fori*, la ley del sitio donde está siendo juzgado. De manera que con independencia de la nacionalidad, el conflicto o la cosa del litigio. La ley procesal sí es la del sitio donde se juzgue.

Calificar el asunto, camino procesal que sigue el asunto, es esclarecer la clase de relación jurídica que se está planteando, determinar la naturaleza jurídica del asunto que ha producido el conflicto. Hay veces que la calificación si es obligación se complica, que no coincide el dictamen de los tribunales con otros, en estos casos el conflicto es mas grave. Este tipo de conflictos ha planteado para su resolución muchos problemas y graves; se suele solventar aplicando la *lex fori*.

El derecho material vigente en el territorio del tribunal que primero dictaminó sobre la situación, pero no es unánime, porque para calificar siempre se tiene en cuenta la ley del país que lo aplica. En principio el tribunal que lo dictaminó atrae hacia sí el conflicto, sobre esto no ha habido acuerdo general entre los países para solventar las situaciones.

Cada país tiene una serie de reglas fijas para actuar en los casos en los que hay colisión de legislaciones y cada país tiene su conjunto de normas para remitir a otro según el reglamento.

Con el aumento de intercambio entre países el problema se complica mas y el conocimiento del conjunto normativo de cada país es mas grande. Al lado de esta situación hay un conjunto de reglas conceptuadas por distintos países que proceden de los acuerdos de derecho internacional. Hay asuntos que no plantean problemas porque por el acuerdo de la Haya muchos países están de acuerdo por ejemplo testamentos.

Como reglas generales: reglas básicas de solventar los conflictos conforme a lo establecido en nuestra constitución. La eficacia de las normas.

Código civil artículo 8,9,10,11 y 12. son extraordinariamente difíciles de entender y saber.

.-En nuestro sistema se establece el principio personal, representado por el principio de la ley de la patria o nacional.

Se aplica al estado y a la capacidad civil de las personas, el derecho y deberes de familia, herencia dº mortis causa. Y a relaciones patrimoniales. Y en su defecto por la ley de domicilio. La capacidad de obrar. (fulano que en otro sitio es menor sin capacidad de obrar y aquí si tiene la mayoría y la capacidad de obrar).

.- La ley del territorio:

Se rigen por ella; el régimen de propiedad, los derechos reales, las obligaciones extracontractuales y la formas de los actos jurídicos.

Existe libertad de elección para el establecimiento de las relaciones contractuales. También rige la representación voluntaria por la ley que se desee.

En general las leyes de derecho público, las penales, la de policía y seguridad pública obliga a todos los que se hayan en el territorio español tanto nacionales como extranjeros.

Las leyes procesales españolas serán las únicas que se aplicarán en los asuntos que se sustancien en España tanto para españoles como para extranjeros, todo lo que se sustancie en España, salvo las diligencias que al mirar una pieza se producen en territorio extranjero, regirá la ley del lugar en donde se haga la diligencia.

.-el derecho de las personas físicas: se rige por la ley personal referida a la nacionalidad, de manera que si un apersona no tiene nacionalidad o es indeterminada se establece como supletoria la del domicilio. Si la doble nacionalidad está prevista en las leyes españolas, se estará a lo que determinen los tratados internacionales; sino está prevista prevalecerá la ley de nuestro país. De manera que hay sin embargo un asunto que es importante que el cambio de la ley personal no afectará según la legislación española a la mayoría de edad que se adquiere de conformidad con la ley española.

.-personalidad jurídica: la que se rige por la ley personal determinado por su nacionalidad en lo referente a la capacidad de constitución, es decir, las personas jurídicas se van a regir por la ley de su nacionalidad, por el lugar donde nace y se inscribe en el registro.

Para el resto de acciones dependerá del país donde o con quien contrate.

Cuando hay una fusión de sociedades de distinta nacionalidad, se tendrá en cuenta las respectivas leyes personales y fijando la sede social.

El derecho de familia se rige siempre por la ley personal, es muy complicado las relaciones entre cónyuges,

porque se rigen por la última ley nacional común durante el matrimonio. Nuestro sistema establece como supletorio la ley de nacionalidad del marido al tiempo de celebración del matrimonio.

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges por las capitulaciones matrimoniales y en su defecto las personales, pero el cambio de nacionalidad no afecta a estos acuerdos.

Para la forma de los actos rige la ley del lugar en el que se celebra el acto jurídico, es decir, en el artículo 11 se dice: *Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen*, pero no es rotunda la afirmación a pesar de su expresividad porque debemos tener en cuenta que la realización de estos contratos y testamentos puede llevar aparejado que se realicen en lugares muy extraños, en este caso la regulación jurídica de ese acto en situaciones extraordinarias se va a regir en principio por el abanderamiento del lugar donde se hace. Este caso a su vez se complica porque en muchas ocasiones los abanderamientos no son lo que aparentan ser; para salvar esta situación nuestra legislación permite que a título personal en determinados actos el interesado elija la ley que se le tiene que aplicar. Esta situación es ventajosa porque permite en esos momentos que incluso las instituciones consulares de los diferentes países pasen a ejercer la función notarial de los actos que se realizan, función ésta que realizan en escasas ocasiones pero que garantiza la posibilidad de la protección de los actos como actos jurídicos y de la ley aplicable en segundo lugar.

En este sentido el principio general tiene estas pequeñas modificaciones, también en este sentido dentro de los bienes muebles existen en el mundo jurídico los Títulos Valores para los cuales la legislación que se aplica es la vigente del lugar donde está actuando el título valor.

Todos estos actos tienen que ser realizados **ad solemnitatem**, es decir, cuando se hace un acto jurídico en el cual existe cierta confusión sobre la legislación aplicable debe realizarse salvando la formalidad, la forma reviste la intención y para ello es necesaria una manifestación libre y voluntaria hecha de forma expresa y no sólo tácita.

Esto nos lleva a preguntarnos qué ocurre cuando se ha producido un acto del que no se sabe cuál es la legislación que lo protege, el dictamen sobre la protección jurídica que tiene lo van a realizar ante el tribunal español, si esto ocurre podemos encontrarnos con dos situaciones:

- que exista una antinomia entre la concepción española de esa institución y la concepción de otro país produciéndose la colisión de las normas, en este caso se dice que hay *reenvío*.
- que existan razones especiales que excluyan en un país determinado la aplicación de ley extranjera, éstas razones suceden en dos casos muy claros:
- **Supuesto de fraude de ley:** ni la ley española ni la de otro país permite acoger asuntos para burlar la ley propia. Hay un acuerdo internacional en este aspecto.
- **Supuesto de reciprocidad:** hay aquí un acuerdo básico en el que se dice que un país trata a sus nacionales igual que a los nacionales de un país extranjero esperando de ese país extranjero el mismo trato para sus nacionales. Pero el orden público evita que se puedan ver en un país asuntos que proceden de naturales de otro país.

De estas posibilidades la más importante es la del reenvío. Cuando este reenvío se manifiesta, cuando un país declara aplicable una ley extranjera a una relación jurídica, será un tribunal español el que declare que la ley aplicable es la del otro país. El problema está en a qué tipo de derecho del otro país remite, si remite al derecho material o está remitiéndose al derecho formal; cuando la remisión es a la legislación del otro país en su totalidad se dice que hay una remisión total lo que significa que el derecho material extranjero es el que es competente, pero cuando la remisión es sólo al derecho material significa que el asunto sigue sustanciándose

en España y que el juez tiene que conocer las normas de derecho material del país extranjero que corresponda.

Aquí nos encontramos con un problema complejo porque debe decirse a la parte correspondiente que aporte el derecho, es decir, que justifique el derecho que es aplicable. Si es el individuo quien debe aportar las normas es obvio que aportará sólo las beneficiosas para él, en el caso de que nos encontremos ante un juicio contradictorio no tendremos problema en cierto modo se salva la situación; pero se dice que lo que nunca puede darse es el reenvío del reenvío.

En último lugar debemos ver la eficacia de todo el conjunto normativo dentro del territorio español que se va a plantear con la colisión de normas entre territorios españoles. Esta regulación va a resolverse por lo determinado en el artículo 16.1 del Código Civil: *Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:*

1º. Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2º. No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público. (dentro del territorio español no cabe el sistema de calificación por el tribunal, el sistema de remisión y la excepción del orden público por ser general para todo el territorio español)

En este sentido va a entrar en juego el capítulo 5º del Código Civil. La vecindad civil se adquiere por la residencia, para lo que se exige la residencia continuada durante 2 años siempre que haya manifestación de la voluntad y en 10 años sin manifestar la voluntad. Cuando una residencia queda fijada en el registro civil no necesita ser reiterada; cuando hay duda de la residencia prevalece la vecindad civil que corresponde al lugar de nacimiento.

TEMA 13

EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

INTRODUCCIÓN

Los derechos no los tenemos porque los garantice el estado, sino que son inherentes al ser humano.

En este sentido a partir del S XVII se empieza a ver que el sujeto del derecho es el hombre y que el derecho tiene que tratar de darle a cada uno lo suyo, pero el proceso de progresión y traslado a la ciencia de esta aplicación científica se hace con tanteos que todavía hoy día siguen.

Para ver estos tanteos vamos a verlo en el problema terminológico, ¿cómo se les ha llamado, cuando se originan, donde quedan plasmados estos términos? Sobre que filosofía están fundamentados los derechos humanos y como se agrupan estos derechos humanos. Cuales son las declaraciones de derechos humanos que están vigentes, por las que se rige la comunidad general, y la europea.

45.PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS

Los que convencionalmente nosotros llamamos derechos humanos han tenido muchas terminologías, cualquiera es válida siempre que sea acorde con el fin de los derechos humanos.

Cada una de las denominaciones tiene significados que nosotros le damos.

- **denominación de derechos humanos como derechos individuales.**— es válida si entendemos que derechos individuales son los derechos que acompañan al individuo, a la singularidad del hombre como

individuo; pero es inválida si nosotros a este término le damos el significado de individualismo. Porque en este caso se produce la enorme tensión de que el individualismo se opone a la vida comunitaria, social. El derecho individual en concreto—2 lo que representa es una actitud de egoísmo social y esa actitud se enfrenta al concepto de derecho. Es un ataque a la sociabilidad y no puede existir.

- **denominación de derechos humanos como derechos iguales.**—son derechos iguales porque se refiere a lo radical y sustancial a la naturaleza humana y los hombres en su naturaleza somos iguales. Los derechos iguales convienen a todos los hombre por igual, pero cuando al término igualdad le damos el significado de que afectan por igual y en cualquier circunstancia a todos los hombres, ponemos en tela de juicio algo importante porque la igualdad tiene que ir acompañada de la individualidad. Son derechos iguales en tanto en cuanto que todos tenemos los mismos derechos pero no que sea un derecho para todos, sino que cada uno tenga su propio derecho.
- **denominación de derechos humanos como derechos absolutos.**—es válida si se hace una referencia de nuestros derechos en relación a otros. Unos derechos absolutos frente a otros relativos. Significa que posee una radicalidad mayor que los otros derechos, porque los otros son adquiridos o son válidos pero se puede perder la adquisición o el valor, pero los derechos humanos se tiene perse no porque nos los den. Tanto si tiene la validez formal reconocida por la ley como si no la tiene. Costará hacer valer su eficacia, pero siguen siendo derechos humanos. Si se nos dice que son derechos ilimitados no es lo mismo que absolutos en el sentido de ilimitados, porque se refieren al hombre, y este es un ser limitado en el tiempo de su vivencia y en el lugar en el que vive. Ni tampoco son absolutos en el sentido de que señalan fin definitivos y no subordinados unos a otros porque si decimos que hay una pluralidad de derechos humanos, eso significa que los derechos humanos tienen que estar jerarquizados y son absolutos en su concepto genérico pero hay unos que están antes que otros. Ni tampoco son absolutos en el sentido de que sean variables, son variables la concepción de contenido de los derechos humanos en el pasado ha sido superada con el tiempo, van aumentando.
- **derechos humanos como derechos inalienables e irrenunciables.**— cuando se dice que son inalienables e irrenunciables lo que se quiere dar a entender es que se refieren a lo fundamental de la naturaleza humana y que no se pueden traspasar a otra persona y que no se puede renunciar y por supuesto que nadie nos los puede quitar. Si hacemos esto sería un concepto muy restringido de derechos humanos. Cuando se dice irrenunciables quiere decir que no se puede renunciar, como son de mi propia naturaleza los tengo que tener, puedo renunciar a los beneficios que me aporte un derecho fundamental frente a otro, pero no al derecho. El disfrute de los derechos humanos no puede someterse a actuaciones de mercado ni de chanadería se tienen porque sí y no entran en esos argumentos. Inalterables fuera de el mercado.
- **denominación de derechos humanos como derechos intangibles.**— esta significación es correcta en el sentido de que no pueden ser violados, intocables. Pero cuando hablamos de que tienen que estar jerarquizados en la salvaguarda de derechos quiere decir proteger mermando otro porque es mas importante.
- **denominación de derechos humanos como derechos originarios.**—desde luego la calificación va en relación con la de derechos derivativos, cuando se habla de derecho originario se quiere decir que tiene un origen especial, no se originan ni en la voluntad pactada de los hombres ni en la voluntad soberana del estado, se origina en la propia naturaleza del hombre. Los demás derechos se originan de otra manera.
- **denominación de derechos humanos como derechos esenciales.**— lo cual viene a decir que son derechos que se ocupan de la esencia de las relaciones, de expresar las conductas buenas para el ser humano y prohibir los ataques, es decir, conductas malas para el ser humano, pero en este sentido hay una forma de entender la filosofía del ser humano lo que quiere decir es que la fundamentación de la filosofía del ser humano como esencia es poco acorde para el reconocimiento de los derechos porque la filosofía mas acorde sería la filosofía de la existencia, no de la propia esencia que es inmutable. 11-4-02
- **denominación de derechos humanos como derechos innatos.**— significa que son derechos que están dentro del propio ser humano, expresan las exigencias de la naturaleza humana. No se utiliza porque es una denominación que no ha tenido suficiente calado y no ha sido aceptada por la comunidad y las personas.
- **denominación de derechos humanos como derechos fundamentales.**— si adoptamos esta denominación como derechos sobre los que se fundamenta toda la construcción jurídica sería muy correcta, pero ha perdido su valor porque se usa continuamente para referirse a los derechos contenidos en la constitución.

- además nos encontramos han sido denominados **derechos públicos, derechos políticos o derechos del ciudadano**. Primero, dentro del mundo actual y del reconocimiento de derechos y como consecuencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), se produce el desglose en dos grandes documentos en los que se recogen derechos humanos:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En cuanto a la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano es importante por ser la primera en la que hay un elenco de derechos, pero cuando se habla de los derechos humanos no nos referimos a ésta sino a la declaración de 1948.

La denominación debemos verla como una cuestión de elección de una terminología para referirnos a un objeto, pero cuando en cualquier constitución y sobre todo en los estudios que tienen una base sociológica se producen alteraciones de denominación se suelen dar porque hay un pensamiento o una ideología jurídica que quiere matizar el contenido, debiendo utilizar siempre la más aséptica.

46. EL ORIGEN HISTÓRICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Parece ser que es a partir de la modernidad cuando la Ciencia pasa a ocuparse de los Derechos Humanos, lo que no significa que antes no los hubiera sino que no han sido objeto de estudio jurídico pormenorizados como tal.

Desde siempre el hombre ha disfrutado de Derechos Humanos en cuanto a la defensa y exaltación de lo que consideraba su derecho, pero a nosotros nos es difícil captar el entramado organizativo jurídico era distinto antes de la modernidad que después.

En primer lugar, antes del inicio de la modernidad el derecho se pedía, se ejercitaba y se reclamaba a través de estamentos, cada uno de los cuales tenía una legislación propia, los tribunales a los que acudir y los jueces que dictaban soluciones quedando en última instancia acudir al representante supremo; de manera que no es que no hubiera justicia para todos sino que no era igual para todos.

16-04-02

Las primeras declaraciones como tales es el Habeas Corpus inglés del 1679 y la Magna Carta de las Libertades del siglo XIII se produce en un momento político importante en Inglaterra y es el momento de Juan sin tierra, en ella se establece una igualdad jurídica entre sajones y normandos.

La creación de derecho en Gran Bretaña en 1689 también se va a producir en un momento político peculiar y esta peculiaridad está en que será nombrado para ser rey un miembro de la casa de Orange holandesa. Lo primero que hará para asumir el poder es sumir la jefatura religiosa de Inglaterra y pertenecer a la corte inglesa reformada produciéndose la confesión religiosa del rey de la casa de Orange, en que para ser jurado como rey establece una serie de libertades para los habitantes. La primera salvaguarda que se establece el derecho de libertad de los miembros del parlamento que serán elegidos libremente;

además se recoge la fijación de tasas para los tributos, se establece un sistema proporcional de la fijación de los impuestos y las tasas;

además la fijación de tasas se eleva a la categoría de norma objetiva que debe ser aprobada por el parlamento;

además surgen también los derechos procesales, es decir, derecho de declarar en juicio, testigos determinados que tiene que establecerse, etc. Y también los derechos de los Loes. Es ya otra manera de entender la

situación que produce la aparición de las declaraciones históricas de los derechos humanos.

Al lado de estas situaciones en el ámbito español tenemos el Privilegio General de Aragón (finales S XIII) peculiar por aparecer en él el Defensor del Pueblo con otras funciones; éste pasó a formar parte del libro de los fueros de Aragón.

En 1776 se produce la Declaración de derechos del buen Pueblo de Virginia que será prácticamente asumida por la declaración de independencia de los Estados Unidos. Esta declaración de independencia es el antecedente de la Constitución de EEUU de 1787 en la que figura una declaración de derechos que se incluye con posterioridad a la constitución con la misma fuerza de contenido que esta, por la vía de la enmienda.

En este sentido la continuación de las declaraciones de derechos es la declaración de derechos del hombre. Que se produce en el 26 de Agosto de 1789; es una declaración muy corta que tiene un efecto difusor por la propia terminología en la que está redactado, convirtiéndose en un documento conocido en toda Europa. Lo más llamativo que se establece es que los hombres naciesen y permaneciesen libres e iguales en sus derechos, las distinciones sociales no pueden tener otro fundamento que la utilidad común, además en el artículo 2: el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles del hombre, estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. En su artículo tercero queda fijado que la soberanía reside en el pueblo: el principio de que toda soberanía reside esencialmente en la nación, ninguna corporación ni individuo puede ejecutar autoridad que no emane de ella expresamente; a continuación se dice: la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a otros, así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquellos que aseguren a todos los miembros de la sociedad.

Mas adelante queda reflejado otro de los grandes principios: la ley es vínculo, el derecho libertad (Hobbes). También será asumido dentro de la misma configuración otro de los elementos generales: la ley es la expresión de la voluntad general (art 6).

Continúa la declaración repitiendo los derechos fundamentales. Producido este elemento de unión de una aspiración sobre los derechos naturales (llamados así los derechos del hombre por los franceses), esto será tomado por los holandeses que elaboran su constitución de 1815 a la que incorporan no sólo una declaración de derechos muy parecida a la francesa sino también todo el conjunto organizativo de la configuración de holanda toma la reivindicación de derechos.

También es importante la declaración del 2º Reich alemán (11 de agosto de 1919) extraordinariamente distinta de la holandesa en la que aparecen una serie de derechos que van a cambiar la orientación de lo que serán derechos fundamentales para el futuro.

Establecida esta situación aparece la sociedad de naciones como elemento de confrontación, en la que se produce la declaración internacional de derechos del hombre. En ella se produce la unión de derechos fundamentales con la carta de la Organización internacional del trabajo, incorporándose algunos de los derechos de los trabajadores.

Se estudian los derechos fundamentales como elemento distinto en la constitución de la URSS de 1936 donde se establece con fuerza los derechos de los trabajadores. Inmediatamente, al producirse una disparidad en el análisis y fijación de los derechos fundamentales, se produce la segunda Guerra Mundial a cuyo fin y una vez firmado el armisticio se trata de apoyar el establecimiento de unos derechos generales comunes en los cuales están de acuerdo todos los países, esto ayuda a la aparición de dos documentos importantes:

–Conferencia Nacional Católica de 1946: donde se establecen los derechos mínimos de todos los países.

- Declaración de derechos del hombre como consecuencia del XIX Congreso de Pax Romana de 1946

en la que están establecidos una relación de derechos mínimos para los hombres de todos los países.

Esto lleva a que en 1948 se produzca la Declaración Universal de derechos del hombre elaborada por la Comisión de derechos del hombre en el Consejo Económico y Social y aprobada por la Asamblea General de la misma el 10 de diciembre de 1948. su aprobación produce verdadero asombro al ser aprobada por 48 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones(Rusia, Rusia b., Ucrania, Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia, Arabia Saudita, Unión sudafricana del Cabo):

47. DISTINTAS FUNDAMENTACIONES

Cada una de las declaraciones va a tener una fundamentación distinta; estas por lo tanto son de distintas clases: éticas, políticas, sociológicas, etc...

Hay fundamentaciones de los derechos humanos más razonadas y razonables y otras más coyunturales. En este sentido y sin adentrarnos en poner en relación un documento concreto, veremos una serie de datos a tener en cuenta a la hora de analizar estas declaraciones:

- las poco adecuadas para fundamentar derechos humanos, las declaraciones concepciones, que perfilen los derechos humanos con carácter absolutos y rígidos y que el olvide el carácter histórico de estos derechos humanos. La rigidez va a abocar al rechazo de la población al contenido de los mismos.
- también y siguiendo la misma línea parecen poco adecuadas aquellas explicaciones, fundamentaciones, que se hayan relativizadas, circunstanciales e históricas, que piense que no existe una base permanente y un fundamento firme en que apoyar los derechos humanos. Desde ese momento se invalidan los derechos humanos para...(_____).

Para entender adecuadamente los que son los derechos humanos y que a la vez nos sirva para ello, (al menos para un grupo de filósofos) es que la concepción del mundo de la vida en que está incluido el hombre. En este sentido el primer fundamento está en el orden general moral que tiene un fundamento inherente; en segundo lugar tiene su fundamento mediato en la ley natural, porque éste cada uno la tiene escrita y la matiza y ve; en tercer lugar el fundamento próximo está en la naturaleza de cada ser humano, en este sentido este fundamento próximo tiene tres facetas necesarias:

- un carácter histórico porque su manifestación es progresiva y por lo tanto es variable en el conjunto de las circunstancias que rodean la vida del hombre.
- Implica siempre una correlación simultáneos deberes, estando estos jerarquizados y limitados entre sí.
- Deben ser entendidos como la defensa y la protección de la dignidad de la persona humana; así, la dignidad de la persona humana es el elemento que tiene que estar protegido en la fijación y determinación de los D. Humanos.

17-04-02

Cuando se dice que su finalidad es alcanzar la dignidad humana se hace entendiendo que el ser humano es la criatura superior sometida al orden natural, lo que significa a su vez que es sujeto de mérito y demérito que a su vez lleva aparejado que es sujeto de premios y castigos y que en último lugar, tiene dentro de sí la capacidad de alcanzar lo que se propone con esta concepción filosófica; eso significa que la naturaleza humana es lo que los clásicos decían un microcosmos.

Precisamente basada en la concepción de la naturaleza humana como microcosmos es la que da base para la clasificación de los derechos humanos.

48.CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?????varias dudas

La cuestión de la clasificación aparentemente no tiene mucha importancia, realmente la función de la clasificación es muy importante. El problema de la clasificación de los derechos humanos presenta muchas dificultades habida cuenta de que hay clasificaciones históricas que aportan un elenco de derechos humanos que no llevan detrás de sí una clasificación de los mismos. Ante esta disparidad de posibles clasificaciones obtenida de la lectura de los elencos de derechos humanos nos lleva a que tratemos de proponer una clasificación de derechos humanos. En este sentido es importante la definición de Boecio:

el hombre es sustancia individual de naturaleza racional, libre y social.

En este sentido hay unanimidad en las concepciones generales. Si lo vemos desde fuera lo más común en todos los seres es que el hombre es una sustancia que va diferenciándose y uniéndose a la especie de la animalidad.

De los derechos humanos están encuadrados en el orden de la sustancia: el derecho a pervivir que no sólo consiste en pervivir sino en pervivir con los menos daños posibles, es decir, al derecho a pervivir lo acompaña en segundo lugar el derecho a la incolumidad(seguridad). En tercer lugar está el derecho a tener los elementos de subsistencia mínimos para mantener el conjunto vital que corresponde a nuestra edad y vitalidad, es decir tenemos derecho al vestido, a la vivienda...con esto sólo no se consigue el óptimo desarrollo de la pervivencia porque ésta debe realizarse en un entorno en el cual las necesidades intelectuales y fisiológicas se desarrollen con holgura. Teniendo estos derechos reconocidos puede ocurrir que se produzcan en mí una serie de deterioros, las enfermedades y como ser humano tengo derecho a recibir la asistencia que me devuelve a mi estado normal, es el derecho a la sanidad que lleva aparejado que por el desarrollo científico existe la manipulación de determinados productos naturales que permite la eficacia en la curación de determinados deterioros mayores que si no se tienen esos productos contrastados como necesarios y tengo derecho a recibir esa medicación.

Con este conjunto de derechos parece que la vida se desarrolla con una protección de derechos físicos apropiada pero sin embargo no es cierto porque el ser humano además del entramado físico tiene un entramado espiritual que tiene tanta trascendencia y en este sentido tiene que estar reconocido a la persona con los anteriores mencionados el derecho a la dignidad, es decir, derecho a ser tratado como ser humano, a no ser degradado. Tampoco el ser humano puede ser objeto de discriminaciones odiosas.

Además de la vida y la dignidad el hombre para llevar a cabo estas pervivencias y dignidades necesita el derecho de apropiación de aquello que es necesario para su supervivencia a esto es a lo que llamamos derecho de propiedad.

Finalmente también como consecuencia de esto, existen como derecho físico el derecho a la propia defensa de estos derechos que son los primordiales, el derecho a la auto tutela. En todo occidente desde el desarrollo de la sociedad, ésta y los hombres le han dado al Estado y sus órganos la obligación de defendernos y protegernos proporcionando el clima y el disfrute de los derechos mencionados. Esto significa que para perseguir los ataques a los derechos humanos existen órganos que deben encargarse de ellos en caso contrario y como consecuencia de esto tengo el derecho de auto tutela.

Hay, porque la naturaleza así lo ha establecido, el sistema de reproducción que va al igual que en la especie animal acompañado de elementos de adiestramiento de la prole que ha nacido. Existe como derecho físico el derecho a la reproducción y el derecho a la educación; en el primer caso el hecho de la reproducción es un acto libre lo que significa que la ordenación de este derecho tiene los siguientes aspectos:

- Derecho al celibato.
- Derecho a que la unión de los sexos se haga dentro de los estándares establecidos en cada sociedad, la protección de la unión sexual, es lo que se conoce como matrimonio.

De esta unión voluntaria surge el derecho a la familia. Los niños que nacen en este entorno necesitan el adiestramiento y el cuidado que los adultos le deben proporcionar para vivir en la sociedad, por lo tanto hay un derecho a ser educado y un derecho a educar.

Dentro del orden de la racionalidad hay dos elementos peculiares:

- Facultad memoria.
- Facultad de transformar por la capacidad intelectual el mundo que os rodea.

Estos dos aspectos se traducen en los derechos humanos en la tradición y el progreso, así nos encontramos con los derecho que se engloban dentro de la tradición y los que están dentro del progreso.

Se detecta sobre todo dos ataques al derecho de la tradición que son: la supresión por determinados grupos y por otro lado el anquilosamiento de las tradiciones sin permitir la evolución.

Desde nuestra vertiente de práctica jurídica que tiene una nomenclatura más peculiar, es decir, derecho en el que va a quedar vinculado la tradición será en el derecho a la sucesión y la manifestación de lo que es el fundamento, el desarrollo, etc, es el derecho al trabajo, cuando una persona trabaja lo que hace es transformar los elementos que tiene a su alrededor.

Dada la situación de todo lo que ha sido el S XX aparecen como reivindicaciones de los productores el reconocimiento de derechos. Los sub-derechos coyunturales que son:

- Derecho a la remuneración en la que no puede haber según los derechos físicos ninguna discriminación por razón de sexo.
- Profesionalidad en el trabajo, en este sentido hay que entenderla como ligada a la libertad, es decir, realizar el trabajo con arreglo a lo que cada uno quiere hacer. Distinto es que una persona que quiera trabajar tenga que elegir trabajos que a lo mejor le gustan menos. Existe la obligación moral de realizar una serie de trabajos obligatorios que son aquellos que se producen en situaciones de excepción o de catástrofe.
- Derecho a la agrupación de los trabajadores, derecho a la sindicalización de los trabajadores libremente. La consecuencia de esta situación es el derecho a los convenios colectivos y a la fuerza normativa.
- Derecho a la libertad de creación de empresas.
- Derecho a la inactividad; es el derecho a no trabajar a destajo. Es el derecho más enraizado en la naturaleza humana.
- La última parte de esta situación es la de la jubilación, el período de actividad laboral es un período de la vida activa finalizado el cual se tiene el derecho a recibir a cambio de lo que se ha hecho durante la vida activa.
- Todo trabajo debe ser productivo, el no hacer nada es contrario a la concepción de derechos humanos.
- Para la defensa de todos estos derechos está el derecho a la huelga. Nuestra constitución sólo habla del derecho a la huelga cuando se refiere a los trabajadores utilizando la terminología de cierre patronal para el paro de los empresarios.

Los derechos derivados de la libertad son muchos y muy complejos. El primer derecho dentro de este grupo es el derecho a la personalidad diferenciada, que cada hombre sea persona y que cada persona que es igual a otra persona, sea un individuo distinto de otro.

- Derecho a la individualidad
- En segundo lugar el derecho a la identidad
- En tercer lugar el derecho a la responsabilidad
- En cuarto lugar el derecho a la intimidad.

b. el derecho a la identidad: el que nadie suplante nuestra identidad y tener un medio fácil de probar nuestra identidad. El derecho a tener un nombre que no lleve aparejado ninguna connotación. Esto va asociado al derecho a la propia imagen que es una manifestación del nombre y la identidad de la persona; actualmente este derecho es muy difícil de fijar al producirse la comercialización de la imagen y la identidad.

Esto se hace para que cada ser humano sea responsable de sus propios actos **c. Derecho a la responsabilidad,** responde de lo que tiene porque elige lo que quiere, respondiendo de lo realizado. Los derechos fundamentales no permiten la concepción de la responsabilidad en el sentido de los grupos por una persona ni tampoco subsidiaria. Esto lleva a que dentro del reducto de lo que es el individuo tiene que haber una parte en la que no puede entrar nadie que el individuo no quiere que entre. Aquí va a entrar la cuestión de lo que es el secreto.

Una vez fijado este aspecto genérico de lo que es el individuo, es importante la determinación de la igualdad en general y al o que se conoce con el nombre de la igualdad de oportunidades. Nuestra constitución va a decir : la constitución reconoce la igualdad ante la ley(art 14).

En este sentido es equivalente la igualdad de oportunidades: todo español tiene derecho al acceso a cargos públicos con arreglo a los criterios de mérito y capacidad.

Si analizamos esto diríamos que la concreción es el derecho a no ser discriminado que conlleva el trato imparcial pero entendiendo imparcialidad en sentido del análisis en el momento de atribución de una cosa sin tener prejuicios.

También están aquí las discriminaciones típicas como tales que hay que entender de una manera muy peculiar. La primera es la discriminación por etnia o raza, se tiene derecho a no ser discriminados en razón de raza pero se tiene derecho a que se tenga en cuenta esa raza.

En segundo lugar se tiene derecho a no ser discriminado por razón de sexo pero se tiene derecho a que se tenga en cuenta el sexo. Se tiene derecho a no ser discriminado en razón de lengua, pero se tiene derecho a que se mantengan las lenguas, de manera que nadie puede ser discriminado en razón de lengua y a nadie se le puede obligar a hablar determinada lengua.

Se tiene derecho físico a no ser discriminado en razón de creencia u opinión y toda persona tiene derecho a tener la creencia u opinión que considere oportuna. Finalmente nuestra constitución incluye en otro las discriminaciones que no están en el art 14: todos los seres humanos tienen derecho a ser sujetos de derecho.

La libertad tiene dos distinciones fundamentales:

- **el derecho a la libertad de pensamiento**
- **el derecho a la libertad de movimiento** (libertad de contratación).

Dentro del dº de pensamiento y de movimiento hay una serie de subderechos.

- **el derecho a la libertad de pensamiento:** va a partir de lo que en nuestra constitución está reconocido en el art 16, hecho este reconocimiento se desarrolla para completar esta libertad en las tres grandes manifestaciones:
 - libertad de información
 - libertad de expresión
 - libertad de conciencia.
- **El derecho a la libertad de información:** se establece reconociendo de forma mas amplia la educación y la cultura , el poder recibir todo tipo de información sin que esta tenga posibilidad de censura, abarcando todos los aspectos nuestra constitución en el art 20, también dentro de este artículo esta unida la libertad de

expresión y la información en el art 20.1.

Las limitaciones establecidas en la constitución se refieren tanto a la información como a la expresión , todos los derechos no pueden restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

20.4 estas libertades tienen su límite en los derechos reconocidos en este título , en los preceptos y los desarrollos y especialmente(____).

Otro supuesto reconocido en la constitución con respecto a la información es el supuesto del secuestro de las publicaciones(20.5). en este caso sólo cabe el secuestro por resolución judicial.

La formulación del derecho a la libertad de información se concreta también en el uso de los medios para obtener información que sean realmente adecuados, y también impide la utilización de estos medios informativos cuando atenten a la intimidad o a la propia imagen.

Este derecho a la información se concreta en el derecho a obtener información sobre determinados aspectos que pueden ser utilizados públicamente y también en el derecho a la publicidad.

Finalmente un aspecto relacionado con el derecho a la información es el derecho de petición art 29 ; este derecho tiene una limitación en distintos colectivos que no tienen este derecho de forma tan palpable 29.2, que solo lo pueden ejercer individualmente.

Este derecho de petición es un de los derechos en los que hace mas hincapié todas las constituciones y es uno de los derechos que se repite desde el SXIX lo que pone de manifiesto que este derecho muchas veces no ha sido tenido en cuenta, es un derecho mas importante objetivamente de lo que pueda parecer a simple vista.

- **libertad de expresión** : además de lo reseñado en el art 20.1 nosotros debemos mirar no sólo el derecho a difundir expresiones en cualquier medio sino al derecho de silencio, de no expresar, de que no se puede obligar a hablar a quien no quiere. Aquí vemos el aspecto del derecho fundamental al silencio y al secreto sin que medios externos o coactivos nos obliguen a romper esta reserva espiritual.
- **Libertad de conciencia**: es el derecho matriz del art 16 . este derecho a conformar nuestra opinión conlleva dentro de sí una serie de derechos que también son deberes:
- Deber o derecho a que se respeten nuestras opiniones y el de respetar las de los demás.
- Derecho a cumplir los deberes de conciencia y el deber de los demás de entender que son deberes de conciencia que tiene un sujeto.
- Derecho a que se respete la vocación que cada uno quiera tener en la vida para el ejercicio de cualquier tipo de actividad sin ser obligado a cambiar esta vocación.

Además de estos derechos es importante el reconocimiento del derecho físico a la conversión personal, es decir, a cambiar de ideología , de pensamiento y lo único que se exige es que sea un cambio razonado.

El último de los derechos es el derecho que tiene todo ser humano a tener y practicar una religión y deber de los demás de respetarlo.

Esto va a necesitar de una protección especial en determinados supuestos que nuestra constitución reconoce en el parr 2 del art 16. unido a esto en nuestra constitución va el hecho de que nuestro estado establece que ninguna confesión tendrá carácter estatal.

2.El derecho a la libertad de movimiento :también es muy complejo. Los derechos más importantes incluidos en el son:

- Derecho a la circulación.

- Derecho a la domiciliación.
- Derecho a la migración, dentro de este:
- Derecho a la exiliación
- Derecho al turismo.
- Derecho a la liberación.
- derecho a la circulación: significa que todo ser humano tiene derecho a circular por todas partes sin más límites que los establecidos por cuestiones sanitarias.
- Derecho a la domiciliación: se tiene personalmente con los miembros de la familia y los objetos que son de su propiedad. Aquí está también el derecho a elegir un lugar para residir tanto la persona como su familia, dentro de este está el derecho de residencia y establecimiento. Es un aspecto importante que ninguno de los dos derechos tenga una gran antigüedad de manera que la libertad de circulación y domiciliación aparecen ya bastante avanzada la modernidad en ámbito general.
- Derecho a la migración: en el se concretan los anteriores, que es la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro para buscar la posibilidad de una vida mejor.
- El derecho a la exiliación: es el derecho que tiene toda persona de un país determinado a ser recibida por otro país cuando se considera acosado por sus convicciones en su país de origen. Suele estar regulado a través de documentos internacionales.
- Derecho al turismo: cuyo origen fundamental es un origen religioso e ideológico, era un derecho de índoles religiosa y de creencia: derecho a trasladarse a los santuarios de la divinidad que tenía cada uno de los pueblos. Se ha tratado de proteger como un derecho físico. El corte del derecho al turismo ha traído como consecuencia la aparición de guerras.
- Derecho a la liberación: ante el cual debemos ser más sensibles, que es el derecho a adquirir la libertad lo más rápidamente cuando se ha sido privado de ella. El derecho no se niega aunque pudiera y debiera establecerse medidas distintas.

El derecho a la libertad de contratación: hace falta que se reconozca como tal derecho la facultad de la realización de todo tipo.

Los derechos que corresponden al ámbito de la **sociabilidad** son:

- derecho a la solidaridad
- derecho a la asociación
- derecho a la gobernación
- derecho a la amistad
- **derecho a la solidaridad**: se fundamenta en el derecho a la cooperación el cual tiene el aspecto político en nuestra organización del derecho a la autonomía. Cuando se establece así el derecho a la Autonomía es imprescindible el reconocimiento del derecho a la subsariedad , éste consiste en que (_____). El derecho a la socialización es el derecho a que sea de acceso común de acuerdo con los criterios generales a una serie de bienes.
- **derecho a la asociación**: en primer lugar es el derecho a que se permita a las personas o asociaciones, es decir, a crear sociedades, a integrarse y salir de esas sociedades. No se puede privar a nadie del derecho a la asociación porque el segundo aspecto dentro de este derecho es el derecho a la democracia, cuando se habla de democracia se habla del derecho al consenso, al sufragio, a la participación, a la gobernación y a la oposición; para que la oposición exista es necesario que haya pluralidad.
- **derecho a la gobernación**: cuando se ha obtenido el gobierno por lo medios democráticos correspondientes se tiene derecho a gobernar lo que significa que se tiene derecho a la inmunidad y a la manifestación de los tres poderes del Gobierno.

El derecho a constituirse en opinión pública, es decir, a poder participar activa positivamente en la fijación de los fines y en la jerarquización de los mismos para tratar de desarrollar al máximo cada uno de los derechos físicos.

El derecho a poderse beneficiar de los derechos M?????

49.

Los españoles tenemos la apoyativa que nos proporciona el art 102 de la constitución:

A partir de la declaración de derechos humanos se producen una serie de acuerdos internacionales de derechos humanos ratificados por España, algunos de los cuales son:

- el primer documento para entender formalmente como podemos aprovecharnos del contenido de los mismos es la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados 1969.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966: acompañado de una serie de protocolos aclaradores del contenido de alguno de los derechos humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966.
- Convenio para la prevención y sanción del delito de Genocidio, se produce casi en el momento en que se aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos. Es importante porque en el se establece un acuerdo internacional de lo que debe entenderse por genocidio.
- Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951. en 1966 habiéndose producido situaciones que hicieron ver que no estaba suficientemente garantizado que fuesen recibidos como refugiados en distintos países se firma el Protocolo del Estatuto de los Refugiados.
- Convención de 1989 que surge sobre la base de una carta de derechos del niño de índole privada y que cristaliza en el documento de 1989 de Derechos del Niño.

Al lado se producen los documentos de ámbito regional que son:

- Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales: documento básico para Europa que se firma en Roma en noviembre de 1950. este junto a la Carta Social Europea 1961 son los documentos básicos de reconocimiento de Derechos Humanos, importantes porque la contravención del tratado de Roma da acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en demanda de protección. Esta convención se desarrolla y aclara por la firma de protocolos, a nosotros como mas cercano, nos va a interesar el nº 11 porque es el relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el convenio.
- en 1955 se produjo un convenio marco para la protección de minorías nacionales: dentro de este reconocimiento en el ámbito europeo se producen declaraciones sectoriales:
- una ley española de 1985, la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España: toda esta situación se va a producir en el marco del acuerdo de Schengem, que se firma tanto entre la Unión Económica del Benelús como después va a pasar en la R.F.A. y la República Francesa; es el documento básico en el que empiezan a suprimirse las fronteras, la abolición de éstas tiene sobre todo la función del traslado comercial de productos entre las fronteras. La apertura de las fronteras significa la desaparición de las tasas de fronteras y la imposibilidad de gravamen por traspaso al conjunto de las mercancías que vayan de un lugar a otro. La república Italiana enmienda este acuerdo que era muy beneficioso para centro-europa pero no así para Italia. Un año antes se produjera en España la norma reguladora de derecho de asilo y de la condición de refugiados que contemplará una serie de situaciones personales que la Unión Europea tenía vertido hacia otros lugares.
- siguiendo esta línea se produce el Convenio Europeo de Extradición en 1990: existe un documento de 1969 que hace la vía del cambio en los distintos países en el ámbito internacional referido a la concesión de independencia de los países y pueblos coloniales. Este documento ha servido de base para el desarrollo de muchos aspectos. Una resolución ya existente y que hoy día plantea conflictos es la soberanía recurrente sobre recursos naturales que debe tener cada país. Esta disposición que nació con los mejores auspicios fue perdiendo eficacia con el juego internacional del aprovechamiento de materias primas por países que no eran productores de estas habida cuenta que se deshacían de las materias primas sin transformación.
- además de esto tenemos una Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías

Nacionales, Étnicas, Religiosas y Lgticas de 1992, esta declaración es un documento que surge como consecuencia sobre todo de ACNUR intentando salvaguardar sobre todo la supervivencia de las minorías.

- Derecho humanitario Bélico, es un derecho de acuerdos internacionales.
- el último documento o pre-documento del año 2000-2001 y que es la Carta de los Derechos Físicos de la Unión Europea; trata de establecer unos mínimos para que sobre la misma se haga una declaración detallada. El problema que plantea esta cata es la garantía de lo en ella establecido y el compaginar lo establecido con el Convenio de Roma, y si es necesario, crear otro Tribunal de Derechos Humanos o sirve con el que existe en Estrasburgo.

FALTA 1 DIA

TEMA 14: LÍMITES Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS.

51.Distintas garantías // 52. Garantías estatales ordinarias.

Cuando hablamos de la garantía de los Derechos humanos hablamos de la efectividad de los mismos. La garantía general de los derechos se suele hacer a través de la vía que da la petición ante los tribunales al amparo de lo establecido en la ley. Los Derechos humanos tienen que estar garantizados al igual que todo el sistema jurídico.

Si a la pregunta de quién garantiza los Derechos humanos responde un jurista dirá que la garantía tiene que ser jurisprudencial. Si la pregunta se la hacemos a un funcionario o a un constitucionalista dirá que le corresponde a los funcionarios. Si la hacemos a un legislador nos dirá que le corresponde a la actividad legislativa.

La respuesta más acertada es decir que los tres deberían garantizar los Derechos humanos: la ley, los tribunales y los funcionarios.

Nosotros encontramos para una correcta garantía de los Derechos humanos que tienen una tutela dentro de cada estado (tienen que estar garantizados por cada estado). Además también debe de haber una tutela externa; la tutela tendrá que hacerse tanto por los poderes legislativos extra estatales e intra estatales, por los poderes judiciales (extra e intra estatales) y por los poderes ejecutivos (extra e intra estatales).

Cuando hablamos de la efectividad trataremos de reseñar que toda persona tiene el derecho a gozar del bienestar que produce una situación en la cual la efectividad de los Derechos humanos de todas las personas encuentran órganos de protección, de garantía, de sanción, tanto en el ámbito interno del estado en los tres poderes como en el ámbito externo. Si se producen eventuales abusos se puede apelar a estos tres poderes en la esfera supranacional o internacional, y si se produce inhibición en estas esferas se puede acudir en garantía de los Derechos humanos a la ayuda de la opinión pública (local, regional, nacional y mundial).

Dentro de nuestro sistema para la protección de los Derechos humanos debemos acudir: en primer lugar a donde remita la Constitución la cual en su preámbulo dice que *la Nación española [...] proclama su voluntad de proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los Derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones*. Así, analizando más detalladamente la Constitución esta nos dice en su artículo 53.1: *los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo I del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1*. si acudimos al artículo 24.1 nos dice: *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*.

En este punto debemos acudir al mencionado artículo 161.1 (Título IX): *el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:*

- *Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley,*
- *Del recurso al amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2*

Al remitirnos al artículo 53.2, éste nos dice: *cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de referencia y sumariidad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.*

Existen también otros dos órganos: en primer lugar el Ministerio Fiscal que menciona la Constitución en el artículo 124.1; el otro órgano al que podemos acudir y que vigila que no se alteren los Derechos humano es el Defensor del Pueblo cuya figura está regulada en el artículo 54.

Hay que destacar que dentro de la Sección 1ª del Título I en su Capítulo II hay unos derechos mucho más protegidos que los que están en la Sección 2ª.

Para regular lo que ocurriría en situaciones externas de altercado tenemos en nuestra Constitución un artículo muy complejo y difícil de analizar que se refiere a la posible suspensión o efectividad de reconocimiento de los derechos fundamentales que están situados tanto en la Sección 1ª como en la 2ª, éste es el artículo 55.1, así, nos encontramos con que hay hasta 15 derechos fundamentales que pueden ser suspendidos.

54. GARANTÍAS INTERNACIONALES 25-4-02

Para que surja esta garantía debe tener una apoyatura formal y legal; nuestra constitución permite acudir a instancias de reconocimiento externas. Hay algunas otras referencias constitucionales: art 39: *los niños gozarán...*, en referencia a estos documentos tiene que existir algún elemento interpretativo para poder exigir su efectividad que resguarde el elenco de derechos que en ese texto están establecidos; eso suele existir en los documentos internacionales a los que hemos hecho referencia , pero el qué dicen, cómo establecen esta garantía se hace de una forma oscura.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos este resguardo aparece en el art 30: *nada de la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado....* se quiere decir que quien actúe en contra de los derechos establecidos nunca podrá apoyarse para ir en contra en lo que dice la Carta. Esta redacción oscura la encontramos también en el art 5 del Pacto Político. A este respecto dice que no sólo no se puede interpretar en contra de lo que hay aquí sino que tampoco limitar en alguna de sus partes *no podrá admitirse restricción o menoscabo de los Derechos Humanos Fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convicción, reglamento o costumbres so pretexto de que el vigente pacto no los reconoce o lo reconoce en menor grado.* Esto es, cuando un estado se adhiere a un pacto o a un tratado puede hacerlo a todo el tratado o a parte del mismo, si lo hace a parte del tratado la otra parte que no se ha firmado no es vigente en ese país y normalmente debe decir porque no firma esa parte del tratado y la causa mas general es que no se adhiere porque es contrario a las leyes o a las costumbres internas.

Aunque el Estado no haya firmado el pacto en su totalidad, el ciudadano que quiera reclamar que ese derecho no está totalmente garantizado en su país puede acudir a la tutela internacional.

El problema está en cómo recurrimos a las instancias internacionales. Existe esta posibilidad de reclamar prácticamente a nivel internacional lo que ocurre es que antes de llegar a un tribunal general de las naciones unidas hay órganos intermedios , sólo que muchos no son efectivos.

Por ejemplo: el Pacto de San José de Costa Rica es mucho más claro y más preciso en el reconocimiento de Derechos Físicos que el Pacto de Roma y además ha creado un Tribunal de Derechos Humanos basado en esa Carta porque las resoluciones de este tribunal son penosísimas porque no llegan a él reclamaciones; mientras la Carta Social Europea sí tiene un Tribunal de Derechos Humanos al cual puede acudir cualquier persona en

defensa de sus derechos fundamentales.

Para que pueda actuarse en Europa dentro de estas líneas es muy importante la actuación del Consejo de Europa, uno de sus principios es que del Consejo de Europa, reconoce la preeminencia del derecho y el principio básico de que toda persona puesta bajo su jurisdicción debe gozar de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, eso quiere decir que toda persona que quiere entrar bajo su protección no sólo los europeos.

Para realizar la salvaguarda de los derechos del hombre se presentará ante el Consejo de Europa en intervalos prefijados informes relativos al cumplimiento de los derechos humanos, el intervalo será fijado por el Comité de Ministros y de los informes presentados por cada uno de los países se dará traslado al resto de los países y las organizaciones internacionales mas representativas, sobre todo la Organización Internacional del Trabajo.

Se estudiarán estos informes en los cuales se llamará a participar a observadores externos entre los que tiene puesto fijo un representante de la Organización Internacional del Trabajo y el resultado de estos informes se someterá al Consejo de Europa. Como resultado se producirán recomendaciones de reforma de las normas internas en lo tocante a los derechos fundamentales, estas se adoptarán por un sistema democrático de la mayoría de los países como corresponde.

Como el ataque a derechos fundamentales es difícil que esté en la constitución sino que suele estar en normas de inferior grado, esta recomendación hace que se modifiquen, bien leyes ordinarias, decretos-leyes o incluso resoluciones concretadas para interpretar y aplicar conforme a las directrices del Consejo de Europa el contenido de los derechos fundamentales.

Al tribunal europeo de derechos humanos puede acudir cualquier persona que esté dentro de la jurisdicción europea. El problema es que quien dirige la demanda contra el país que no le haya otorgado o reconocido el derecho, encontrándonos con casos muy curiosos. De todas maneras el problema básico es el de ser admitido a trámite, es decir, que una resolución diga que el tribunal se ocupará del asunto lo que no significa que haya aceptación de que ha habido violación sino que será estudiado pero la realidad es que hay una gran cantidad de peticiones que no se han admitido a trámite; y esto porque debe quedar claro el interés legítimo y directo del recurrente.

En general también como reconocimiento de derechos fundamentales tampoco se admiten las demandas colectivas sobre un asunto en concreto.

Estas garantías internacionales de los derechos humanos son un poder hacer pero es un procedimiento especial dentro del propio sistema que tiene como dificultad de protección de los derechos humanos la garantía final de lo llevado a práctica de manera que a diferencia de lo que ocurre con la jurisdicción y el proceso ordinario dentro de un país cuya/o ste???? Es ejecutivo por naturaleza en estos procesos especiales internacionales extraordinarios lo que no queda perfectamente claro está en que esa sentencia que da el Tribunal Europeo sea ejecutada dentro del país correspondiente.

Podríamos detenidamente establecer mucho más estas garantías internacionales, ya que no se puede reclamar al Tribunal Internacional y a la vez a otro órgano superior.

TEMA 15

Los valores constitucionales profesora Otero 29-4-02

55.LOS VALORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El término valor ha sido usado y se sigue usando para referirse al precio de una mercancía, en este sentido se

dice que los productos valen.

Esta es una de sus acepciones que a nosotros no nos sirve para el análisis del ordenamiento jurídico, el término valor además también ha sido usado en sentido moral, este sentido del término se debe sobre todo a la obra de Kant que en su metafísica de las costumbres hace que surja una idea que es el valor moral pero en el sentido físico general va a empezar después de la idea de Kant a establecerse la Teoría de los valores..

Hoy vamos a ver el valor con otra acepción distinta determinando o tratando de determinar la naturaleza de lo que es el valor o son los valores; lo hacemos así para distinguir la Teoría de los valores del sistema cualquiera que sea, de los juicios de valor.

Por el camino de los juicios de valor no se establece una teoría general de los valores; el establecimiento y la aparición de la teoría de los valores es un fenómeno que ocurre a finales del S XIX y desde luego en el SXX. Pensadores importantes han tratado de establecer el concepto de valor a través de una teoría distinguiéndola de los juicios de valor porque estos siempre son relativos en tanto en cuanto se establecen los elementos de comparación de estos juicios, es decir, hay que distinguir la teoría de los valores a través de una teoría de la apreciación objetiva de los fenómenos estimativos-éticos, para ello es necesario señalar distintos puntos a tener en cuenta:

- hay que tener en cuenta la concepción y apreciar lo que es el valer(lo que me sirve para), que es el inicio para la concepción de la teoría de los valores. Este valer se da tanto para los objetos reales como para los ideales; el valer no tiene un sentido que pueda recaer en la cosa en sí sino en la apreciación que el yo hace de la cosa, entonces, el valer se diferencia de la cosa en sí y vale lo que es válido y por lo tanto tiene validez. Para nosotros la validez es un concepto que también hemos aplicado al derecho y la norma, en este sentido la norma válida es la que sirve para solventar el problema pero es posible en sede teórica que debiera haber otra que fuera mejor y si no la tenemos este no vale porque alcanza algo parecido. Si esta idea de lo que vale la ponemos en relación con una serie de conceptos o entes abstractos que la axiología y la estimativa utiliza veremos la diferencia. Lo que vale se quiere por sus propias determinaciones y la teoría de los valores es una aptitud para aprehender valores.
- la objetividad: los valores son objetivos, es decir, no depende de las preferencias individuales sino que ellos mismos mantienen su forma de realidad que va mucho más allá de cualquier valoración o apreciación. Hay una teoría dentro de la axiología que es la concepción relativista según la cual los valores se manifiestan a través de medidas de agrado o desagrado y dicha manifestación es el fundamento de la Teoría de los valores. Esta Teoría es poco oportuna para aplicarla al mundo del derecho y en general para aplicarla a casi ninguna concepción objetiva. Pero al lado de ésta existe la Teoría absolutista que sostiene que el valor es el fundamento de todos los actos y se dice que tiene valor lo que es deseable; esta concepción tampoco se adecua al derecho.
- además de estas notas una tercera sería que los valores son independientes pero eso no significa que los valores estén subordinados en la teoría de los valores unos a otros sino que son dependientes unos de otros pero no tienen que estar situados a una misma altura, no tienen independencia ontológica; siempre hacen referencia a un ser concreto, no tiene valor en abstracto.
- los valores se manifiestan con polaridad, lo que queremos decir es que no son entidades indiferentes con otras realidades. Esta polaridad del valor y el disvalor podemos encontrarnos con que cambia de postura en un momento determinado; en el mundo del derecho cuando nosotros nos encontramos con la manifestación de unos principios que se tratan de alcanzar, se está reseñando un valor en oposición al disvalor y puede ocurrir en un momento determinado que esto cambie. Las polaridades del valor-disvalor tardan en manifestarse en el mundo del derecho.
- la cualidad: lo que importa es la cualidad de los valores y no la cantidad de los mismos. Eso lleva a que no pueden establecerse relaciones cuantitativas entre las cosas valiosas. La constante de los valores es en este sentido la cualidad pura.
- los valores se manifiesta en jerarquía, el conjunto de los valores se ofrecen en una tabla general jerárquicamente, eso hace que muchas veces se haya hablado del compromiso axiológico del cumplimiento

de los valores por encima de otros lo que no significa que sean disvalores , pero se exige al llevarla a la práctica el establecimiento jerárquico de uno sobre otro, se hace una clasificación de los valores. Normalmente cuando se hable de clarificación de los valores se suelen clarificar con arreglo a unas notas externas: valores lógicos, estéticos y éticos ; apreciación que en el mundo del derecho no solventa la situación porque prácticamente todos los valores jurídicos están dentro del mundo de los valores éticos, es decir, que se han intentado clasificarlos con arreglo a criterios objetivos que daban las ciencias pero que en el mundo del derecho no aclaran nada. También se han intentado clasificarlos y jerarquizarlos distinguiendo los valores espontáneos de los conscientes, los valores espontáneos son aquellos que en el momento de obrar el ser cuando los lleva a la práctica no es consciente de ellos. En estos valores espontáneos es donde entra o quiere hacer entrar , están situados los valores de la mística o de la retórica o de la atadura de la religión.

57.LOS VALORES SUPERIORES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

El período del constitucionalismo español que se inicia con la constitución d 1812 consta de 10 Constituciones. siguiendo las modas en este momento en las constituciones nos vamos a encontrar, con que hay detrás de las mismas unos valores a resaltar o unas líneas de principios generales de convivencia de cada momento.

En ellos no hay una línea parecida a los valores que surge es la constitución de 1978. podemos encontrar de alguna manera principios generales o valores que se encuentran latentes en todas ellas; en las constituciones que por la vía del preámbulo o del propio contenido reseñan principios o valores va, va a ser la más importante la constitución revolucionaria de 1868.

Este periodo de 6 años en los cuales hay un presidente, que es el General Serrano y un presidente CM PRIM, buscándose a una persona que asuma la monarquía española que será aceptada por Amadeo 1º de Saboya, que jura la constitución de 1968, manteniendo los principios de la libertad, la justicia y la igualdad. En los avatares políticos surgen en algunos lugares con gran fuerza esos principios.

Cuando Amadeo I se va , la constitución queda aparcada, asumiendo el poder el General Serrano de nuevo y las mismas Cortes que aceptará la renuncia de Amadeo I se declara en sí mismas las Cortes Soberanas e instaura la República. Dentro de este período se produce un proyecto constitucional que no se lleva a cabo, desde el aspecto de los derechos fundamentales y los valores constitucionales es la mejor y más avanzada de las obras en reconocimiento de estos principios.

Este documento contiene dentro de él la mejor manifestación de los grandes valores y principios. Su preámbulo es muy breve y dice: *la nación española reunida en Cortes.....*, a continuación nos encontramos con un título preeliminar que contiene derechos fundamentales, valores y principios en un solo título que es algo muy breve:

En nuestra constitución???:

- en nuestra constitución actual los derechos fundamentales va a estar en el título primero,
- nuestra constitución va a tener un preámbulo más amplio.
- Los valores figuran dentro de un título preeliminar.

La constitución 1978 hace en su preámbulo la siguiente referencia ()una en el título preeliminar aparece un artículo en el que se dice que: *españa se constituye en un estado social y democrático de derecho que....*

- En primer lugar significa la adopción de la construcción científico-jurídica que lleva detrás de sí la concepción de la Teoría de los valores, la asunción en el ámbito de la teoría política práctica de una concepción ideológica.

- en segundo lugar: la diferenciación entre lo que son valores del ordenamiento jurídico español de los principios jurídicos.
- significa la fijación jerarquizada de unos valores que reciben el calificativo de superiores al lado de otros que son valores jurídicos pero no llegan al alcance de ser superiores.

En este sentido si el tema de los valores superiores queda reseñado lo está con una idea de fin; cuando dice propugnará, la fijación de los principios queda supeditada a lo establecido y reconocido por la propia constitución (9.3).

Se nos señalan cuatro valores concretos y entre esta fijación de un número tan taxativo cabe preguntarse si sólo son estas las finalidades que quiere alcanzar la constitución o si sólo son los superiores. La constitución jurídica se encuentra en el debate de si sólo son estos cuatro, si alguno de ellos merecería ser bajado de grado y si hay algún otro de los valores sociales que merecería ser protegido como superior.

El concepto de valor sufre un rechazo en el Pleno del Congreso de los Diputados produciéndose una ruptura de las discusiones. Inmediatamente hay una serie de valores que no están: seguridad, eficacia y efectividad, aquí va a entrar el acuerdo de Soletura.

58. OTROS VALORES CONSTITUCIONALES

6-5-02

Los valores del art 1 tiene como elementos fundamentales que los une la palabra propugnará; pero resulta llamativo que sólo se señalen como valores los cuatro reseñados en el art 1.

Nuestra constitución contiene mas valores y sólo aparecen en el art 1 como los más fundamentales estos cuatro. Esto tiene detrás de sí un elemento externo de filosofía jurídica y política.

Nuestra constitución señala como valores dentro de sí misma además de estos cuatro los siguientes:

- la dignidad
- la seguridad
- la solidaridad / cooperación
- la paz
- el orden

algunos de ellos en lugares tan importantes como en el preámbulo: la nación española... dentro de los derechos fundamentales se dirá que todos tienen derecho a la libertad y la seguridad, pero seguridad en el sentido de seguridad jurídica, conocer los procedimientos para ser sancionado o no. Además de esta situación diríamos que se establece en el propio preámbulo un valor que es el valor democrático pero no está reseñado como valor común.

La dignidad va a ser el elemento fundamental de la fijación de los derechos humanos, que nuestra constitución reconoce y cuyo núcleo fundamental está en el art 10. analizado desde la vertiente jurídico práctica es un sustrato mas fuerte de los derechos humanos que lo establecido en el art 1, porque sirve como elemento interpretador de los mismos.

La solidaridad aparece en muchos lugares, va a aparecer dentro del título preeliminar como eje fundamental de lo que son los pueblo de España, noción basada en el valor solidaridad de unos con otros.

El problema de la paz vuelve a ser otro elemento sustancial que no aparece como tal. La palabra paz como tal aparece en nuestra constitución pero muy pocas veces y en ellas se hace referencia mas a la palabra técnica de

acuerdos de paz, habla más de actuaciones pacíficas, es decir, la paz entendida como no violencia, pero nuestra constitución es muy parca en el uso y fijación de la misma.

Cuando aparece el término orden se habla de orden político y la palabra orden que aparece en nuestra constitución es ordenamiento, ordenación. Esto va a traer dentro de sí mucha problemática, pero para la interpretación de las puras leyes morales como para el elemento fijador de los derechos fundamentales, porque ya hemos señalado que los valores tienen que estar graduados y podemos encontrarnos que en determinados momentos nos preguntemos que es más adecuado sostener la igualdad o la paz y lo mismo puede ocurrir con los otros valores reseñados. Pero hay posibilidad de salvar esta situación, la respuesta a esto es que no hay ninguna.

Precisamente en esta situación tenemos que reseñar aspectos más importantes: el que plantea más problemas es si la seguridad tiene que considerarse como extremadamente importante, en filosofía del derecho se están oyendo voces para elevar la seguridad a un valor de mayor rango que el que tiene en nuestro sistema constitucional. El problema de la seguridad está en su conceptualización, hay una seguridad interna y una externa dentro del propio concepto.

La mayor seguridad que se puede tener es la seguridad de la aplicación correcta de lo que es el derecho, pero en el lenguaje general la seguridad hace referencia a la convivencia ciudadana y cuando salta a esta convivencia una serie de resortes educacionales se produce una sensación de inseguridad que el derecho no puede solucionar.

La seguridad dentro del propio ámbito jurídico reseñada por todas las leyes penales, evidentemente también actúa cuando ya la inseguridad se ha producido. Es posible que sea esta concepción de seguridad la que haya hecho que no aparezca en el art 1.

El valor de la solidaridad es un fin a alcanzar(solidaridad no tiene que ver con igualdad), significa la aceptación de una serie de valores comunes por los que lucha un conjunto y cuando el conjunto se mueve propugna los mismos valores, se dice que hay solidaridad en ese fin. Ahora bien, se dice que la solidaridad no puede ser un principio político porque la solidaridad es una virtud, no un valor, es una virtud moral que acompaña generalmente a la justicia y el ser solidario es algo que se elige; sin embargo otra parte de la doctrina de la filosofía del derecho sostiene lo contrario, que la solidaridad es un valor que se realiza cuando hay un conjunto de virtudes morales que trata de actuar con el prójimo, pero que es un valor que por lo tanto puede a través del derecho incluso sin la aquiescencia de todas las personas, ser elevado a la práctica.

Estas dos posturas ha hecho que no aparezca la solidaridad en el art 1, tanto es así que es el caso de la solidaridad hoy día esta conformada en nuestra constitución como una obligación política. En el tema de los otros valores constitucionales que no hemos reseñado no existe el mas ligero acuerdo de grupo sobre su determinación.

Quizá el porque se eligieron estos cuatro valores fue porque en el año 78 hubo consenso sobre ello en la sociedad española.

TEMA 16

LA LIBERTAD

59.DISTINTOS SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO

El concepto o el término de libertad es uno de los derechos que el ser humano ha tenido mas en cuenta a lo largo de toda la historia, es en realidad el primer derecho que se reivindicó pero no cualquier tipo de libertad sino precisamente la libertad de pensamiento.

El término libertad tiene muchos significados y muchas definiciones, pero podemos entender que la libertad es la capacidad natural que debemos tener todos los seres humanos para obrar de una manera o de otra, o para abstenernos de obrar sabiendo en todo momento la responsabilidad que implican nuestros actos.

El ser humano libre tiene que tener la posibilidad de elegir pero cuando lo hace debe ser responsable de las consecuencias de su elección sólo en este caso podemos decir que es libre. Desde el punto de vista jurídico existe por tanto la distinción de la libertad fundamentalmente en dos puntos:

- **Libertad de pensamiento:** es la necesidad del ser humano de realizar una actividad de pensamiento, sin verse impedido en dicha actividad
- **Libertad de movimiento:** se refiere a la necesidad del ser humano de poder desplazarse libremente en el territorio nacional o internacional.

No es que se trate de dos libertades distintas sino que hablamos de una misma libertad, pero para alcanzar esta libertad abstracta los seres humanos necesitamos ir alcanzando pequeñas libertades, cuya suma nos da el resultado de ser o no ser libres.

La libertad de movimiento puede impedirse en algunos casos por motivos legales o ilegales. Sin embargo la libertad de pensamiento es muy difícil de prohibir porque el ser humano tiene una capacidad inmensa de pensamiento, lo que ocurre es que a veces se prohíbe la libertad de expresar lo que uno piensa.

Hoy en día esta diferenciación aunque se sigue utilizando está siendo corregida por otra forma de entender la libertad, no es que sea incorrecto hablar de libertad de pensamiento y movimiento, como subaspectos de la libertad, pero hoy en día existe otra tendencia, es muy habitual que se hable de :

- libertad positiva: que es aquello que equivale a la autonomía de la voluntad, es decir, cuando el ser humano puede hacer aquello que elige, que le pete.
- Libertad negativa: cuando se produce ausencia de interferencias, es decir, cuando el ser humano no tiene impedimento legal para hacer algo, etc.

Un autor actual que se ha ocupado mucho del estudio de la libertad es Isaías Berlin, y la estudia entendiendo la libertad positiva y negativa.

60. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El concepto de libertad ha experimentado distintas variaciones porque los seres humanos en cada momento nos preocupamos de cosas distintas, nunca hay una definición de libertad que sea la mejor, ya que esta depende de varios factores.

Grecia fue la cuna de la libertad, pero en todo caso la libertad y la democracia de la Grecia clásica no tiene que ver con la libertad y la democracia actual. Entre los pensadores griegos que se ocuparon de este tema está Solón de Atenas que fue uno de los considerados siete sabios de Grecia, estableció la prohibición de la esclavitud por deudas, también la prohibición de que una persona tuviese que pagar con su persona y su familia sus deudas y protegió la preeminencia de la libertad.

Otros autores que se ocuparon de la libertad fueron los romanos. Roma utiliza distintos significados del término libertad, se habla del liber que es la persona con madurez física y psíquica suficiente para asumir responsabilidades. Sin embargo no llega a un concepto de la libertad que se asuma en la actualidad.

Siguiendo la evolución de la historia de la filosofía jurídica llegamos al momento que domina la filosofía cristiana que habla de la libertad pero desde el ámbito interno, busca la libertad pero desde el ámbito individual.

Autores posteriores como Hobbes hablan de libertad como falta de oposición o impedimento externo. Uno de los mas grandes defensores del concepto de libertad fue John Locke que en su libro Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil define la libertad como la capacidad de actuar de acuerdo con la propia voluntad, que se fundamenta en el hecho de que el ser humano posee razón, como el ser humano es razonable por eso es libre y el ser humano que no tenga capacidad de raciocinio no podemos decir que jurídicamente sean libres.

Otro autor que se refiere a la libertad es Immanuel Kant, él da una definición del derecho en la cual identifica exactamente derecho y libertad. Dice Kant: el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro siguiendo una ley general de libertad. Esto es, el derecho es lo que le va a permitir al ser humano vivir en libertad conjugando los derechos de unos con los otros; es la organización que va a permitir el libre arbitrio de todos los seres humanos de acuerdo a unas reglas.

En el contexto general del pensamiento general el eje donde va a incluir la libertad es en la razón pura práctica de manera tal que la libertad es consustancial en la relación del hombre con el obrar.

Una vez finalizado el pensamiento Kantiano se abre el Idealismo y éste dentro del pensamiento Kantiano incide en algo que Kant había dejado: si se dice que la libertad es para el obrar cómo no se hace mayor hincapié en que también es para el pensar, entonces el Idealismo incita en esta idea y así cambia el eje de la función del concepto de libertad porque si seguimos el pensamiento idealista posterior a Kant vemos que el hombre es libre para hacer el bien y el mal por tanto el concepto de libertad está separado de la idea de moral.

Con esto va a resurgir en Filosofía política y ciencia política el tema de que la libertad y la actuación libre debe ir unida a unos principios morales y lo importante es la creación de cuáles son esos principios morales. Esto lleva a la aparición del pensamiento decimonónico y del pensamiento social que en la libertad tiene su eje fundamental, en una idea de libertad configurada para el bien de unos valores sociales.

Para esto es para lo que se tiene que recortar la manifestación de la libertad individual en aras de que todos tengan su libertad.

Termina el siglo XIX con esta polémica y se abren en el siglo XX varias perspectivas importantes; fundamentalmente dos, las sostenidas en Filosofía política por:

- Isaías Berlin
- Bobbio.
- **Isaías Berlin:** que nació en el 1914, filósofo británico de origen judío-letón, vivió el movimiento de los soviets. Ejerció su labor profesional en la Universidad de Oxford. Para él la libertad es importantísima pero en su auténtico sentido: libertad para pensar, para moverse; y una libertad que predica para todos. Esta concepción de libertad se manifiesta más que en un concepto supremo de libertad abstracta, en una manifestación de libertades concretas debiendo hacerse un elenco de estas.
- **Bobbio:** es el importador en el idealismo de todas las corrientes de pensamiento que se elaboran en Centro Europa y en Inglaterra. Ve como durante la Segunda Guerra Mundial las concepciones teóricas de Filosofía política fundamentales en un democratismo parcial van a encontrarse con que son superadas por la vía de los hechos, por unos sistemas por los cuales la manifestación de la libertad queda limitada. Cuando un sistema Teórico trae como consecuencia la limitación de la libertad hay algo que funciona mal, lo que hay detrás es que el elemento más importante a tener en cuenta es el socialismo, la socialización del Estado y entonces la libertad a lo que tiene que conducir es a la manifestación clara de un socialismo socializante. El camino para esta situación es el reconocimiento de las libertades concretas. Como consecuencia de esto comienzan a surgir las grandes tensiones. En primer lugar la tensión libertad-autoridad, aquí surge la complejísima estructura de la sociedad política contemporánea: ¿pueden coexistir sin ser contrarias la autoridad, el autoritarismo y la libertad?. Además de esta idea la libertad se ha convertido en la bandera de la liberación, por tanto ¿pueden coexistir con determinadas ataduras?, sobre todo la atadura de lo que es la

ley. La regulación a través de los Derechos Naturales de la libertad afecta al fundamento del derecho o el derecho es libertad, es decir, hay más libertades en concreto de las que están constitucionalizadas. La libertad es una propiedad de la Naturaleza humana y el derecho sólo de una manera pálida y refleja la sabe expresar, y la mayoría de las concepciones ideológicas sobre la libertad bien por un lado o por otro exageran la idea de libertad. En este sentido para la concepción de los Derechos Humanos o Derechos Fundamentales sigue siendo crucial replantearse esta idea motriz que nuestra Constitución eleva a *valor* porque está sin definir la realidad práctica de su actuación.

61 y 62. TRATAMIENTO ACTUAL // LA LIBERTAD COMO VALOR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

Si analizamos exactamente el significante del término libertad del art 1 es distinto del que aparece en el art 9.2 . Si seguimos analizando este concepto genérico en el art 10 encontramos otro concepto estructural; y así podríamos seguir analizando otros artículos para que sea un concepto que atañe a todo pero que se usa con significados distintos.

La primera garantía que establece nuestra constitución es la libertad ideológica, religiosa y de culto la cual sólo se podrá limitar en su manifestación hacia el exterior cuando sea necesario para mantener el orden público.

Pero esta libertad es para tener hacia dentro y hacia fuera en manera y de forma contenida en el art 16 no de otra, de manera que el ejercicio de esta libertad como libertad pública puede estar constreñida como manifestación en el ámbito público, que puede ser impedida.

Otra manifestación concreta va a estar en el art 17:.... además veremos otra libertad concreta en el art 19:.... que tiene relación con el art 16. ; en el art 20: se da esta situación

Una de las grandes polémicas es si en la creación científica hay libertad o se puede limitar por coacción esta libertad.

Una limitación al ejercicio y manifestación de todos estos derechos la encontramos en el art 20, *tiene su límite en el respeto a los preceptos reconocidos en este título ...*

Este conjunto de libertades va a venir en dos artículos en los que no se habla de libertad estrictamente, pero que son manifestaciones de la misma:

El derecho de reunión

Y el reconocimiento constitucional del derecho de asociación que se limita en su creación a las asociaciones con fines lícitos.

LECCIÓN 17 : LA JUSTICIA.

63.- Distintos significados del término // 64.- Evolución histórica.

Que la justicia sea un valor que aparezca en nuestra Constitución es el resultado de una constante histórica, ya que la justicia siempre ha estado presente en toda nuestra historia.

Los significados y significantes que se han dado son variados, hacer un concepto genérico de justicia es más una labor de índole personal que la de dar una definición de la misma. Una de las cuales podría ser: *justicia es la virtud que consiste en el hábito de darle a cada uno lo suyo, lo suyo de cada uno es su derecho* TOMAS DE AQUINO.

Esta base no quiere decir que no se haya mirado la justicia desde otras perspectivas. La primera manifestación de una conceptualización de la justicia va a surgir con Hesíodo; en su obra *La Teogonía* expone la concepción de las relaciones entre los Dioses griegos y en su párrafo 102 dice: *y en segundo lugar se llevo a la brillante Themis que parió a las horas: Eunomía (ley), Dike (justicia), y la floreciente Eirene (paz) las cuales protegen las cosechas (las obras, las acciones) de los hombres mortales*. En su obra *Los trabajos y los días*, cuya fundamentación encontramos en una carta que dirige a su hermano, encontramos otra manifestación de la justicia en su alegato en el que aparece lo siguiente: *resolvamos nuestra querella de acuerdo a sentencias justas que por venir de Zeus son las mejores pues ya repartimos nuestra herencia y tú te llevaste robado(...)*. Aquí detrás vemos la concepción de una justicia que ayuda a los hombres, y a su lado una pseudo justicia que es la que hacen los hombres que están ávidos de cosas y lo que hacen no es dar a cada uno lo suyo.

Cuando empiezan a producir su obra los presocráticos el elemento justicia va a estar presente, y esta justicia que hemos visto vamos a verla transformada.

Anaximandro de Mileto señala que hay una ley eterna de la justicia inmanente a la naturaleza física, habla de una justicia que actúa igual que la ley conforme a lo establecido en la Naturaleza. Es muy difícil de traducir a nuestra mentalidad este pensamiento de Anaximandro; la Naturaleza se rige por la ley eterna y en ésta cada elemento de la Naturaleza ejerce la función que le corresponde, y esa función es la justicia.

El siguiente paso lo dará Pitágoras que utiliza con mucha oscuridad los conceptos que debemos incardinar en el conjunto de los conocimientos, por eso cuando dice que la justicia es la armonía de los números nos coloca la justicia en el eje fundamental de la concepción de medida que se va abriendo paso lentamente. Para medir el tiempo es para lo que Pitágoras establece el número, y para medir el espacio es para lo que inicia los postulados de la geometría, por lo tanto estamos en los dos ejes fundamentales que están ahí detrás. Cuando dice que *la justicia es la armonía de los números*, nos dice que se produce la justicia cuando en el tiempo las cosas se producen de forma armónica sin que haya alteraciones y se le da a cada sonido su tiempo.

Así llegamos a Heráclito que hablará menos de concepto y mas de nombre y de la actividad de éste, señalará en uno de sus fragmentos que *los hombres no conocerían el nombre de justicia si no existiesen las injusticias*. Esta referencia a la justicia la encontramos también en otro fragmento: *el más digno conoce lo que es digno y lo conserva celosamente y la justicia ciertamente atrapará a los autores de lo falso y a quienes dan testimonio de ello*, en esta referencia vemos una unión del término justicia equiparado a la dignidad pero sobre todo a la necesidad de que se administre justicia, de que se aparte lo indigno. Es tan fuerte este sentido de justicia que dentro de los pocos fragmentos que de él se conservan remacha esta idea.

Esto es un reflejo de otra cosa, para la divinidad todas las cosas son buenas y bellas y justas pero los hombres consideran unas justas y otras injustas. La auténtica realidad de lo que es justicia es la divina, lo otro es un reflejo tan imperfecto que a veces produce justicia y a veces injusticia.

Completaremos esta idea con el siguiente fragmento: *debemos saber que la guerra es común a todo lo que existe, que la discordia es justicia y que todo nace de la discordia y de la justicia*. Cuando nos enfrentamos en una discusión estamos intentando alcanzar la verdad, lo que nos parece más justo, y si nuestra discordia está guiada por alcanzar la verdad, de esa discordia va a resultar lo que es justo.

En el caso de Protágoras este establece una regla: *el hombre es la medida de todas las cosas*, el hombre establece la medida y lo hace adecuándola a sus necesidades. En uno de sus discursos dice que en principio el hombre no tenía conocimiento de la justicia ni de la política y en este momento se mataban entre sí, para evitar esta matanza Zeus va a mandar a los hombres a Hermes para que les enseñe el arte de la política y la justicia. Pero esto que le enseña a todos los hombres cada uno de ellos lo recibe y lo capta a su manera y entonces en la medida en que un Estado parece justo y bueno para una persona lo es para ella pero sólo mientras esta persona tenga esa opinión.

Para finalizar veremos lo que al respecto dice Platón. En su *República* define la justicia así: *justicia es disponer los elementos del alma para que dominen y sean dominados entre sí conforme a la Naturaleza, la justicia consiste en que cada uno haga en la ciudad lo que le es propio, aquello para lo que su Naturaleza esté mejor dotada.*

65. Tratamiento actual // 66. La justicia como valor en la Constitución española de 1978.

La revolución de los conceptos anteriores se produce como consecuencia de la II Guerra Mundial, esto significa una separación entre la idea de justicia y la idea del derecho; la justicia es algo que está fuera y lo que interesa al derecho es la ley.

Como consecuencia de la II Guerra Mundial se plantean los estudiosos que con esta concepción de Derecho separado de justicia se habría dejado a la Ciencia Jurídica desnuda frente a los abatares políticos que dieron origen a la II Guerra Mundial. **Pound** dice que esta separación ha sido la que ha permitido los horrores y arbitrariedades que se produjeron en centro Europa hasta que termina la II Guerra Mundial, sin embargo esta visión, que de alguna manera también sostiene **Ross** cuando habla de la interpretación de la ley, no queda suficientemente clara y se sigue manteniendo durante un periodo de tiempo que si hablamos de justicia como un ideal al que tiene que aspirar la realización del Derecho introducimos en la Ciencia Jurídica incerteza (porque el ideal de justicia tiene mucho de actuación personal) e inseguridad. Mientras más abstractos sean los contenidos y principios más facilidad tienen los operadores para jugar con ellos aplicándolos a situaciones concretas sin haber precisión exacta de lo que va a pasar.

En las relaciones entre justicia y Derecho se han encontrado cuatro posturas fundamentales:

- positivismo.
- idealismo.
- formalismo crítico.
- iusnaturalismo.

Podríamos adentrarnos en el contenido de estas cuatro corrientes pero teniendo en cuenta estas posturas en estos momentos en nuestra Constitución el contenido de la idea de justicia es que tiene que existir unidad de la idea de justicia que se debe proyectar en una multiplicidad de ideales de justicia, ya que todos los ideales de justicia pueden ser referidos a una forma que es la expresión unitaria de los distintos elementos lógicos que integran la justicia. Al hablar de justicia deben darse una serie de elementos que integra esa unidad, parece que estos elementos deben ser: **la proporcionalidad, la igualdad y la alteridad.**

Parece que todo ideal de justicia tiene dentro de sí la idea de una ordenación según una cierta proporcionalidad y a la vez todo ideal de justicia implica la idea de un nivel desde el que conviene proceder a una cierta igualación. Estos elementos están en el Derecho que es siempre alteridad y siempre es una cierta proporcionalidad y una cierta igualdad, y por eso es una cierta justicia; pero si desentrañamos estos tres elementos la proporcionalidad depende de dos criterios: uno objetivo y otro subjetivo.

El elemento objetivo está en la naturaleza de la cosa y el subjetivo proviene de la visión que yo tengo de la cosa. La visión personal de cada uno se tiene que corresponder con lo objetivo, cuando buscamos una idea justa la justicia está en la naturaleza de la cosa pero mi visión de la cosa para que sea proporcional a lo justo tiene que referirse con otro término que sea proporcional a la idea.

Esta manera de la visión subjetiva sobre un elemento que es objetivo tiene que venir corregido o ayudado por la idea de igualdad. El criterio de igualación quiere decir de regulación igual, o igual para alcanzar la justicia en unos macrofenómenos; si vamos a establecer una regulación jurídica determinada primero debemos ponernos de acuerdo en esa cuestión, después tendremos que pensar que hay que regularla con arreglo a un criterio de justicia que sea proporcional, y posteriormente debemos ver que la regulación sea igual para todas

las personas pero todavía con estos dos criterios no hemos plasmado exactamente la manifestación específica de la justicia porque tenemos en cuenta una regulación expuesta en la ley pero nos falta un elemento, y es que esa proporción y esa igualdad se da para que se establezca entre unos y otros, y cuando las dos van unidas teniendo en cuenta la relación de terceros diremos que hemos establecido el precepto justo.

La alteridad significa relación entre personas e inmediatamente surge la idea de que la justicia tiene detrás de sí una doctrina sobre la persona humana y es aquí donde se encuentra el criterio para juzgar sobre la proporcionalidad que existe en un determinado ordenamiento jurídico y que esta proporcionalidad siempre tendrá por límite el respeto a la dignidad humana que proporcionará el criterio de igualdad, y es ese criterio el que exige el reconocimiento de los Derechos fundamentales.

Por eso esa variedad de ideales se conforma en un ideal que no siempre queda suficientemente aclarado en la igualdad real porque debe mirar la igualdad de las personas y conduce a que para que se reconozca la gran idea del valor justicia necesita irse precisando en distintos aspectos.

Nuestra Constitución es parca en referencias a la justicia, por ejemplo en el artículo 1º, el artículo 31.1 donde habla de un sistema tributario justo que debe inspirarse en los principios de igualdad u progresividad, el artículo 31.2, el 117, el 124, el 125, y la última referencia la encontramos en el 149.

LECCIÓN 18: LA IGUALDAD.

67. Distintos significados del término // 68. Evolución histórica.

Es difícil entender exactamente con una significación técnica qué significa este valor en la Constitución.

El término igualdad procede del latín *aequalitas* y significa conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, calidad o cantidad. Para tratar de entender exactamente el significado y significante de lo que veremos como igualdad es preciso tener presente el concepto de identidad, lo igual es lo que es idéntico a otra cosa. En este sentido cuando se habla de identidad se utiliza la palabra identidad en dos acepciones:

- principio de identidad lógico: traslación de la identidad a un razonamiento de principio de identidad.
- Principio de identidad ontológico: según el que $A = A$, el ser es igual a sí mismo.

La distinción entre la identidad lógica y la identidad ontológica plantea bastantes problemas; el gran problema es el tratar de que exista identificación entre lo real y lo ideal.

A través de la historia del pensamiento este problema de lo que es igual y lo que es idéntico se trata de resolver. Con el paso del tiempo esto cambia, ya que la igualdad y la identidad se producen en el acto.

En la Escolástica se hablaba de identidad:

- Real
- Racional
- Numérica
- Específica
- Genérica
- Extrínseca

Se trata de dar calificativos a algo que es difícil de captar en sus manifestaciones, si la dificultad se encuentra en los elementos de la naturaleza cuando nos referimos a las Ciencias Humanas y Sociales el problema se agudiza, y cuando de esa identidad genérica se trata la llamamos igualdad.

Cuando nos referimos a las Ciencias Políticas, Sociales o Económicas se habla de igualdad humana, en estas Ciencias se han presentado dos tesis opuestas:

- Los hombres no son iguales y no lo son porque no han nacido iguales.
- Los hombres son iguales y lo son porque han nacido iguales.

Ambas posturas se defienden con una fuerza extraordinaria. Los primeros dicen que cuando un hombre nace tiene distinto grado de inteligencia, desarrollo, capacidad, etc., que otro; mientras que los segundos no quieren decir que sea igual física y mentalmente sino que tienen derechos básicos comunes a todos los hombres, a lo cual los primeros concluyen diciendo que si no han nacido iguales no es correcto que todos los hombres tengan los mismos derechos.

Pero los que señalan que aunque no son iguales de nacimiento tienen ciertos derechos básicos comunes alegan que las diferencias entre los hombres respecto a su inteligencia o capacidad no trae como consecuencia que no tengan todos por el hecho de ser hombres los mismos derechos. La consecuencia práctica está en que para los primeros se establecen derechos diferentes según estas capacidades, y para los segundos se establece un derecho o unos derechos iguales para todos.

A este respecto diremos que todos los hombres son iguales en derechos, es decir, hay derechos básicos comunes a todos los hombres y dos son los preeminentes:

1º. Derecho de disponer de uno mismo, de ser libre sin que la libertad pueda tener otra cortapisa que los derechos similares de los demás.

2º. Derecho a subsistir físicamente y de un modo específico, a subsistir económicamente con un nivel decoroso compatible con los otros.

Eso significa que el derecho para cumplir estos dos derechos básicos trate de que la sociedad sea justa, es decir, que le dé a cada uno aquello que le corresponde para cumplir estos derechos. Por ello para que resplandezca la igualdad en esa sociedad tiene que darse a cada uno según sus capacidades, cuando estas contribuyan para el bien común y por ellas se pueda repartir haciendo un reparto igualitario.

Frente a esto nos encontramos con la postura mantenida en la República China, donde se mantiene para que se de la igualdad debe darse a cada uno según sus necesidades, según lo que necesita para alcanzar esa igualdad genérica. El principal inconveniente de esta idea reside en la imprecisión de la palabra necesidades.

A esto podemos añadirle :según las necesidades básicas que sean compatibles con la satisfacción de las necesidades de los demás, así estas necesidades reconocerían la igualdad de las necesidades humanas.

Establecer el baremo de la igualdad con esta precisión se convierte en difícil porque no aclara si los hombres nacen iguales, y las condiciones en las que se pretenda igualar serán generalmente condiciones económicas y jurídicas. Los repartos económicos en general son fijados por las personas que son más tendentes a establecer las desigualdades.

El núcleo de esta dificultad radica en que las discusiones se cree que fallan porque conscientemente o no los que discuten sobre el criterio para establecer la igualdad tienden a considerar las igualdades y las desigualdades como hechos que pueden ser corregibles o corregidos, y lógicamente los hechos no pueden determinar ningún principio de igualdad o desigualdad ya que ese principio no es una descripción sino una prescripción. La norma para establecer la igualdad no llega a alcanzar la finalidad que se pretende porque la prescripción lo que prescribe no es un hecho sino un principio moral.

Desde otro punto de vista se trata de equiparar la igualdad humana y la justicia social. Esta equiparación es

muy frecuente cuando se trata sobre todo de la justicia distributiva, y también se realiza cuando se habla de la distribución de bienes materiales. Cuando se habla de estas relaciones lo justo es la distribución igual independientemente del aumento o la disminución de los beneficios que puedan derivarse de ellas, sin embargo a pesar de esta posibilidad de reparto igual se ha sugerido que para alcanzar la igualdad se haga una distribución de bienes desigual que produzca un aumento de bienestar, que los menos favorecidos lleguen a alcanzar la cuota del que está en la clase media.

El reparto de los bienes de forma desigual no aumenta la igualdad sino que lo que aumenta es el beneficio. A esto sólo caben dos alternativas:

- Defender la igualdad como justicia independientemente del beneficio que se obtenga de ella.
- Separar por completo la igualdad de la justicia sosteniendo que la justicia consiste en la legitimidad de la adquisición de bienes sin tener en cuenta el criterio de igualdad.

Esta especie de exposición de la complejidad del concepto no es sólo una apreciación sino que nuestra Constitución es consciente y queda patente en su articulado la dificultad de este problema y la solución del mismo. La Constitución habla de la igualdad en general, igualdad ante la ley y de la igualdad de oportunidades, pero no hace ninguna referencia que ligue igualdad con justicia.

La primera referencia que hace es como valor y la segunda va a estar en el artículo 9.2 (...), otra referencia la encontramos en el artículo 149 (...)

Las otras dos clases de igualdades como derecho fundamental surgen en el artículo 14 que es redundante en este aspecto: *los españoles son iguales ante la ley*. Aquí la igualdad ante la ley es la igualdad ante el derecho; el segundo de los aspectos es la igualdad de oportunidades, artículo 23.

TEMA 19 EL PLURALISMO POLÍTICO

71.72 DISTINTOS SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO/

/EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El pluralismo político no tienen significación anterior a 1970, la utilización de Pluralismo político como p^o general que reclame moral y derecho nos avanza a 1970. En España las primeras manifestaciones se van a producir con la publicación de Unidad, unitarismo, pluralidad, pluralismo, escrita por varios autores, en la que se plantea que rige, la unidad, el unitarismo...la conclusión que se saca es que los cuatro principios son válidos, cada uno dentro de la esfera que le corresponda.

La segunda manifestación se produce en el primer congreso de Asociación sindical de Filosofía Jurídica y Social, en 1973 se celebra en Madrid esta reunión que va a versar sobre todas las fases del derecho y al hablar de fases que pasa con las distintas ideologías jurídicas existentes en ellos. En este congreso Delgado Pinto va a presentar un comunicado que tuvo eco por que contemplaba otras posturas fuera del derecho y Pluralismo ético-político. Va a sostenerse que en la sociedad es necesaria e imprescindible el pluralismo, tanto en el ámbito jurídico como en el político. Lo hace basándose en hechos, el derecho no puede estar de espaldas a la realidad social y esta realidad es plural por lo que el derecho tiene que reconocerlo. Tiene que plantearse distintas fases jurídicas.

Después de 1973 nos encontramos con el art 1^o de la C^o en el que, uno de los valores que se propugna es el del PP. Esta palabra no va a ser utilizada mas en la C^o quedando así constatado este principio(PP) pero nada más.

En 1980 la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia promueve en el ámbito cultural español un

congreso general que se ocupa del título preeliminar de la C° y en el que se aportaron muchos trabajos. Un dato a tener en cuenta es que en los volúmenes de estudios sobre el título preeliminar solo hay un trabajo que se ocupe del pluralismo.

El único que se ocupa de ese tema se llama interpretación constitucional del pluralismo y fue presentado por Puy Muñoz. Con estas pautas tenemos que abordar el art 1 C°(pluralismo).

Hay que analizar que se esconde tras las palabras del art1 y para averiguarlo tenemos que atender a la utilización del que se haya hecho del ppio por la vía de complementos legislativos, exceptuando a la C° y por el valor que las sentencias del Tribunal Supremo dan a este término(pluralismo). Analizando la constitución nos encontramos con que la palabra pluralismo aparece también en los art 6 y 20.

El art6 se refiere a los partidos políticos, expresa el pluralismo político cuando existan distintos matices políticos. En el sistema en el que únicamente existe un matiz no cabe la pluralidad también sería contraria a la unidad sindical.

La segunda referencia aparece en el art 20.3 C° en el que se habla de una futura ley que regulará los medios de comunicación social que dependa del estado. Se garantizará el acceso a dichos medios de todos los grupos representados expresando el pluralismo de la sociedad y las diversas lenguas de España.

Nos encontramos más leyes donde apoyarnos. Así vemos que en la sociedad española se presenta un pluralismo ético, social, político y jurídico. Esta variedad es patente en los distintos artículos. Es decir, en la constitución se establecen una serie de pluralismos de distinto tipo como por ejemplo en las fuentes del derecho. También nos encontramos con que existen una serie de derechos civiles y políticos que están contemplados en la C°, es decir, una serie de derechos que los seres humanos deben alcanzar, también nos encontramos con que hay derechos históricos que han de ser protegidos.

También hay variedad de estatutos para la organización territorial que también son pluralidad.

También tenemos pluralismos técnicos o instrumentales así , p ej tenemos la pluralidad de las comunicaciones.

En este sentido tenemos tb distintas normas de distintos servicios públicos, distintas respuestas, distintas formas de extraer para luego repartir, tenemos distintos registros (propiedad, civil, también tenemos el pluralismo organizativo(org cabildos, org municipios).

Existe tb el pluralismos institucional. La C° también reconoce la existencia del C. Ministros, el C de estado , C general del poder judicial. Tenemos además el tribunal de cuentas que va a tener una situación similar en todas las CCAA.

A parte no C° prevé dentro de su propio articulado la existencia de un pluralismo asociativo de manera que todos tienen derecho a la asociación. Se eleva al rango equivalente de las asociaciones la existencia de las fundaciones, tienen la misma legislación que las asociaciones.

La opción pluralista en la Cª es inequívoca de manera que la encontraremos en cualquier situación que analicemos. Eso significa que el unitarismo no existe??? Para el tema de la unidad hace menos referencia que para el pluralismo . se establece el equilibrio entre la regla del pluralismo y la excepción que es el unitarismo con vigencia del principio de solidaridad general que por lo tanto es uno.

Al lado de este principio (de solidaridad) están los otros principios operativos: el de la eficacia, el de jerarquía normativa, el de la descentralización y el principio de coordinación que es el que juega en las descentralizaciones.

¿??¿¿¿?¿?¿?

en este juego de equilibrio entre principios el más importante es el de la solidaridad, al que hace referencia el art 2 Cº. Entonces esta unidad va a tener una naturaleza peculiar, la unidad del estado que está enraizada en la ley.

La otra manifestación de esta unidad, es la unidad jurisdiccional art 117 Cº y el principio de la unidad de actuación del ministerio fiscal. Por último art 103 administración pública.

73. Y 74 TRATAMIENTO ACTUAL Y EL PLURALISMO COMO VALOR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Nuestro Tribunal Constitucional repite con frecuencia que el Pluralismo Político constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Señalaremos las precisiones que hace a esta expresión: hace precisiones en los supuestos que infringe el Pluralismo constitucional, los supuestos en que no hay contradicción con el pluralismo constitucional y los supuestos en los que se plantean problemas de pluralismo.

Cuando habla del pluralismo hay que sentenciar importante de 1981 en la que se habla de las distintas opciones políticas, lo que hace es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas cuando hace la argumentación dice que el pluralismo afecta a diversas opciones que son educativas, familiares, sanitarias y dice que las distintas instituciones públicas deben poder asumir ser capaces de aceptar las distintas opciones de organización política de las mismas. Cualquier problema puede ser resuelto teniendo en cuenta las distintas opciones y el resultado que se aplique será bueno cuando se hayan tenido en cuenta todas.

El pluralismo político tiñe toda posible actuación dentro de la sociedad puesto que puede solventar cualquier actuación según las distintas posturas.

Hay que tener en cuenta el Pluralismo Político porque no se considera pluralista una sociedad que no proporciona garantías de acceso a todos los servicios con independencia de la postura. Pero si va a centrar el Pluralismo Político la opción única, es decir, la existencia de una sola opción no sólo de comunicación sino la existencia como tal es una negación del Pluralismo Político, por tanto para que exista PP y Pluralismo social tiene que existir más de una opción.

La pregunta surge si no hay mas que una oferta, en este caso hay PP, sí teóricamente no hay mas que una opción, hay una negación de pluralismo, pero el hecho de que sólo se produzca el concurso de una idea no significa que no exista el pluralismo.

Se plantea también que ocurre en el mundo empresarial la respuesta es que se trata de evitar los monopolios. Es nuestro al PP la obstrucción injustificada de la libre concurrencia. Ej: cuando se pone trabas a la creación de partidos políticos porque ya hay muchos, por este razonamiento de que hay muchos es injustificada la medida, por tanto se destruye injustificadamente la existencia del PP. Pero también se os al PP según la ste del TC el atonismo injustificado, es decir, la proliferación exacerbada de pequeños grupos o ideas de concurrencia que impide conocer el conjunto de las ofertas de una sociedad plural. Este problema se plantea en España en un momento determinado en el que aparecieron una gran cantidad de agrupaciones sindicales.

Otra posibilidad es la que el profesor Puy llama opción cero que es la supresión completa en una sociedad de una opción . se puede dar en casos teóricos, por ejemplo cuando se suprime completamente una rama de producción poniéndose trabas a la creación de la misma en el propio país, es absolutamente contraria al PP.

La exclusiva ideológica, es decir, que solo se permitiera la defensa de una idea o de un programa, nuestro TC lo analizó en un caso muy concreto.

Hay otra serie de supuesto que nuestro TC dice que no afecta a un PP, por ejemplo : nuestro sistema de proporcionalidad electoral; el aumento o disminución de servicios o titularidad pública siempre que existan servicios y bienes de titularidad privada que puedan ser usado; la decisión legislativa; las decisiones judiciales porque dentro de la pluralidad de opciones el tribunal elige la que considera más adecuada.

Doctrinalmente, en principio a partir de los 80 disminuye el primero de voces contraria al PP, de todas maneras sigue existe alguna voz que no considera el PP como óptimo. En filosofía del derecho nos encontramos con que dentro del sistema democrático la existencia de PP es negada, tampoco dentro del ámbito del derecho político va a considerar que sea adecuado. Lo más curioso es la negación del PP. Al profesor Peces Barba que niega la necesidad de convertir el PP en un valor, dice que el pluralismo no debe ser considerado como valor más importante es la libertad y la igualdad.

Para que exista el PP en una sociedad y en el mundo jurídico es necesario un sistema razonable de fuerzas políticas, cuando no se produce esta situación en los dos extremos sociales en las que no podemos estar no se da el PP; este no se da ni en las sociedades tribales ni en las sociedades totalitarias.

En segundo lugar el PP necesita estar estructurado, es decir, debe estar de alguna manera clasificado.

En tercer lugar se produce en sociedades grandes, complejas y especializadas, por producirse en ellas intereses y nociones globales.

En cuarto lugar se tiene que estructurar para la coexistencia de distintos sistemas de valores al haber distintos conflictos sobre un sistema de valores, la solución de la conflictividad es darles cauce a través de un modo constitucional y jurídico, es decir, no se puede dar el pluralismo como no haya una supraestructura que lo cobije, que le permita la existencia; el PP, siempre constituye una actividad de encaje de los distintos derechos en el entramado social variable que tiene que decidir, esto significa que desde esta concepción el PP debe ser mirado desde un aspecto nunca visto : como derecho fundamental.

Nosotros vamos a tener que utilizar el término PP con su significación retórica, con la significación de ser una palabra que sirva para defender nuestros intereses. En este sentido es una posición jurídica de cada una que espera que los demás lo defiendan y ayuden es esa existencia plural.