

Tema 5. Derecho y Justicia.

No basta saber qué es el derecho, nos debe interesar qué manda el derecho, qué nos obliga, qué nos condiciona. Tenemos que valorar el Derecho. Pero, para ello, tenemos que tener presente una cosa: sobre fines y valores se puede argumentar pero no podemos adoptar razones objetivas.

Para saber qué es lo justo podríamos hacer caso a la mayoría, pero ésta también puede equivocarse.

Al hablar de la Justicia, o podemos hacer en dos sentidos:

- Como justificación del derecho, como fundamento: quién y cómo lo crea, el órgano capacitado para hacerlo.
- La Justicia como fin del derecho. El derecho Justo es el que persigue y consigue la realización del valor justicia. El derecho se acepta como coactivo en cuanto realiza la Justicia.

Definiciones de Justicia para diferentes autores:

Radbruch: La Justicia es la meta de la legislación. Hay que distinguir entre la justicia subjetiva de la objetiva como propiedad

Para este autor, la medida de la Justicia es la Igualdad. La Justicia Conmutativa implica una igualdad absoluta, entre la prestación y la contraprestación, como en una compraventa de mercancía; la Justicia Distributiva implica igualdad proporcional en el trato de diversas personas, presupone que una parte está en una posición superior e impone cargas a subordinados.

Henker sostiene que lo que nos interesa es la Justicia de las relaciones humanas, como tal representa una necesidad de la vida social, la Justicia es algo que se refiere al odio.

Según un criterio subjetivo, la Justicia tendrá tres características:

-vivir honestamente.

-no dañar al otro.

-dar a cada uno lo suyo.

Pero la regla de oro de la Justicia es “no hacer a los demás, lo que no queremos que nos hagan a nosotros”.

En un criterio objetivo, la justicia será un orden social justo. Porque al preguntarnos qué es Justicia, no hay respuestas, hay aproximaciones, y de éstas podemos establecer dos generalidades:

- Dar a cada uno lo suyo.
- Tratar lo igual de igual manera y lo diferente de manera diferente, porque tratar lo diferente de manera igual será agravar la desigualdad.

El problema es que si Justicia es dar a cada uno lo suyo, no se define qué es lo suyo, puesto que no todos necesitamos lo mismo.

Otra pregunta que podemos hacernos es: ¿es necesario el derecho? El derecho existe porque es necesario,

por el carácter egocéntrico del hombre y por su sociabilidad, que producen conflictividad; y de ésta surge la necesidad del derecho.

El hombre trata de racionalizar esta conflictividad buscando instrumentos para reducirla, busca una cierta paz social, el Derecho es uno de los instrumentos para regular la paz social, para buscar la paz. En palabras de San Agustín: la paz es obra de la Justicia, es una cierta armonía social.

Teoría de la justicia de Kelsen, resumen del libro de Calera!

La respuesta positivista al problema de la justicia no existe, porque el positivismo jurídico no se plantea la justicia como un problema que pueda tener respuesta. Esto no quiere decir que el positivismo no haya hablado sobre la justicia. Ha dado otra respuesta a la relación entre derecho y justicia.

El positivismo es una negación de la respuesta iusnaturalista: no es posible una ciencia de la justicia. La justicia no puede consistir en lo que dice el iusnaturalismo: el respeto de un orden moral. Ya que no hay una sola moral para lo que es justo.

Una respuesta típica y clásica positivista fue dada por **Hans Kelsen** en su “teoría pura del Derecho”. La respuesta kelseniana es ante todo una crítica de la respuesta iusnaturalista.

No hay una justicia objetiva, no hay un derecho natural, pues no es posible una ciencia de la justicia. Estas tesis se fundan en su concepto de ciencia y de ciencia jurídica. La ciencia, como conocimiento objetivo y cierto, no puede tener como objeto los valores y tampoco la cuestión de qué es la justicia. **Kelsen** sostiene un relativismo axiológico, relativismo que no pretende negar propiamente una idea de justicia, sino afirmar que no hay una sola idea de justicia. La justicia es un ideal y los ideales son diversos e incluso contradictorios.

A partir de estos presupuestos, **Kelsen** desarrolla una serie de argumentos contra el derecho natural. Quizás los más importantes son los que dirige contra la tesis iusnaturalista de que es posible deducir de la naturaleza ciertas reglas universales de conducta.

En este sentido sostiene, en primer lugar, que la naturaleza es entendida de maneras muy diversas y contradictorias. Cuando se trata de concretar qué es o qué ordena el derecho natural, se desarrollan principios contradictorios, no proclaman un Derecho natural, sino varios y contradictorios.

En segundo lugar, decir que la naturaleza ordena que los hombres deban comportarse de una determinada manera sólo tiene sentido si se apoya en una norma anterior y presupuesta que diga que “deben obedecerse las órdenes de la naturaleza”.

En tercer lugar, **Kelsen** entiende también que del ser no puede deducirse un deber, de un hecho no puede deducirse una norma. Y cuando se afirma lo contrario es porque los sujetos proyectan sobre la naturaleza normas y valores que se presuponen o se le asignan unos fines cuyo origen se atribuye al autor de esa naturaleza, a Dios. Sólo una teoría teológica del derecho natural podría ser teleológica.

En cuarto lugar, argumenta que la naturaleza humana manifiesta instintos contradictorios. Y la distinción entre instintos buenos y malos no está contenida en los mismos instintos, sino que se constituye desde principios anteriores, desde pre-juicios. El iusnaturalismo transforma la naturaleza real en una naturaleza ideal.

En quinto lugar, tampoco tiene sentido entender lo natural como lo normal, admitir que hay comportamientos comunes, lo cual permitiría establecer unas reglas universales. **Kelsen** dice que reglas de esta clase sólo son posibles de confirmar en pequeños grupos y durante periodos limitados de tiempo. Pero no cabría deducir de dichas reglas del ser regla alguna de deber.

Por todos estos motivos, no en la teoría ni en la práctica hay un solo derecho natural, sino varios y contradictorios. Según **Kelsen** el intento de la teoría iusnaturalista ha constituido un fracaso salvo que se haga un planteamiento religioso y metafísico.

Kelsen reconoce que la doctrina iusnaturalista ha tenido y seguirá teniendo una gran influencia, porque satisface una necesidad humana, la necesidad de justificar el derecho, necesidad que el positivismo jurídico relativista no es capaz de resolver. Pero de la existencia de una necesidad no cabe concluir que dicha necesidad pueda ser satisfecha por medio del conocimiento racional.

Kelsen confiesa que no es posible dar un concepto de justicia que satisfaga a todos. La justicia satisface determinados intereses o determinados valores. No es posible decidir de modo racional y científico entre juicios de valor que se oponen. Es posible hablar de justicia como un sistema de valores. Para **Kelsen** el orden social justo sería aquel que permitiera a todos el ejercicio de su libertad. Por ello considera que la democracia es una forma de gobierno justa, aunque ello sería sólo si se presupone que la libertad individual es un fin último. Porque puede haber quienes entiendan que el fin último es la seguridad o la igualdad, valores e intereses que se podrán alcanzar por medio de gobiernos no democráticos. La historia demuestra que los valores son relativos, que la justicia absoluta es un ideal irracional, una de las ilusiones eternas del hombre. Los conflictos de intereses sólo se pueden resolver sacrificando uno de ellos.

El positivismo moral y jurídico niega que lo que es bueno o justo según una moral, sea bueno o justo en todas las circunstancias. Los sistemas morales son distintos y contradictorios. La exigencia de distinguir el derecho de la justicia significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa moral absoluta. No corresponde a la ciencia jurídica legitimar al derecho.

El relativismo sobre qué es justo puede parecer amoral e incluso inmoral. Que los valores sean relativos no significa que no sean valores, sino simplemente que no existe un único sistema moral. El relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y no acudir a una autoridad superior. **Kelsen** proclamará que “el principio moral específico de una filosofía relativista de la justicia es el de la tolerancia”. Y en un sistema jurídico y político, basado en la tolerancia, es el que implica la libertad de pensamiento. Por los caminos del relativismo y de la tolerancia se salva lo más importante moralmente: la libertad. Por ello la democracia es una forma justa de gobierno.

Kelsen confiesa no saber qué es la Justicia, la Justicia absoluta. “Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Mi Justicia es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, de la tolerancia”.

La respuesta positivista ha recibido la crítica de que con tales planteamientos sobre la justicia se debilita la resistencia a los ordenamientos injustos. Ese relativismo axiológico es el argumento que han utilizado los iusnaturalistas para demostrar el sinsentido de las tesis kelsenianas. A través de una teoría relativista de la justicia, según los iusnaturalistas, se llega a la conclusión de que todo está permitido, que todo es posible. Por eso es necesario afirmar y fundamentar una conexión entre el derecho y unos principios morales objetivos.

A esas críticas **Bobbio** ha respondido, defendiendo a **Kelsen**, que el positivismo jurídico kelseniano ha distinguido entre valor y validez, entre el problema de si una norma es justa y el problema de si existe. No es tarea de la ciencia del derecho responder al problema del valor o de los valores del derecho. Eso es tarea de la filosofía. Y no elimina el problema de la justicia, pero considera que no es un problema de la ciencia del derecho. La respuesta positivista no niega la posibilidad de someter la ley a una valoración moral. Pero una cosa es un juicio de valor y otra un juicio de valor sobre la validez de una norma, esto es, entre un juicio de valor y un juicio de hecho. **Kelsen** no dice que todas las leyes deban ser obedecidas, pero una cosa es hacer ciencia jurídica y otra cosa es hacer ética de la justicia.

Teoría de la Justicia de J. Rawls.

Es uno de los autores más famosos respecto de la teoría de la Justicia.

Parte de una teoría contractualista, y pretende construir un orden social Justo desde la individualidad tal como es y no como debiera ser.

Parte del dato del Estado de naturaleza con dos leyes: ley de la supervivencia y ley de la libertad. Defiende la existencia de dos derechos naturales: el derecho a la vida y a la libertad.

Las doctrinas jurídicas, políticas y modernas, se basan o fundamentan en un individualismo que no reconoce leyes pre-positivas. Para Rawls un orden social justo sería aquel que surja de un pacto, de un contrato, fundado en los derechos naturales.

La justicia es obra humana para Rawls, el derecho es política.

Para Rawls el gran reto es legitimar el poder político para producir el derecho. Porque Rawls entiende la Justicia como la base moral y política de la sociedad, por ello, en su teoría, la justicia está conectada a la política y a la moral.

Rawls entiende que no hay Justicia sin un máximo moral y políticamente correcto, esto es, que establezca los principios de la convivencia desde la igualdad y la libertad de todos, de todos los participantes de la vida social, que deben estar en un plano de igualdad y de libertad, donde no queda nadie excluido.

Rawls trata de fundamentar moralmente las sociedades democráticas. La Justicia es la virtud primera de las instituciones sociales.

Va a establecer una conexión entre Justicia-moral y política.

Esta teoría, Rawls la sustenta en 4 puntos:

-Posición inicial u originaria. Parte de un cierto estado de naturaleza y sostiene que para elaborar una verdadera justicia hay que partir de una hipotética situación en la que todos los individuos, libres e iguales, deciden cuáles son los principios de la justicia y de una sociedad democrática. Se establecen las reglas para una convivencia en paz, para que una sociedad está bien regulada es conveniente que todos acepten los mismos principios.

-El velo de la ignorancia. La intención de la posición originaria es establecer un procedimiento equitativo para acordar unos principios justos y para ellos las partes han de estar situadas en un velo de ignorancia. No saben cómo las diversas alternativas atenderán a sus casos particulares, porque si lo conocieran, el resultado vendría determinado por sus prejuicios. La solución está en pedirle a esa sociedad unos objetivos sin saber qué lugar ocupará cada uno.

- El contrato. Hay que pactar los principios de la justicia, que establece los principios y deberes de cada sociedad. La justicia implica que sus principios sean aceptados por todas las partes.

-La Justicia como imparcialidad, el objeto del contrato inicial es la Justicia como estructura básica de la sociedad. Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igual como definitorios de los términos fundamentales de su asociación.

Los principios de Justicia deben establecerse desde una posición de igualdad. Nadie sabe cuál es su suerte

respecto una posición de ventaja, es lo que se conoce como imparcialidad más absoluta, es la justicia como imparcialidad.

Rawls resume en estos dos principios su concepto de justicia:

- Una igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos. Cada persona ha de tener un derecho igual, unas libertades básicas iguales compatibles con las libertades de los demás. Entre ellas están sobre todo la libertad política, la libertad de expresión y de reunión, la libertad de conciencia y de pensamiento, derecho a la integridad física, a la propiedad personal, libertad frente al arresto o detención arbitraria.
- Las desigualdades sociales y económicas son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. Las expectativas de quienes están mejor situados si y sólo si funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad. Es una forma indirecta de tratar de reigualar las desigualdades que hay.

La idea clave de Rawls es la teoría contractualista y es entender que la Justicia es fruto del acuerdo porque no hay verdades previas que indiquen qué es justo.

Los principios que se pactan son los que escogerían personas racionales, que sirven para la cooperación social, ser racional equivale a aceptar el plan que satisfaga el mayor número de deseos.

Estado de Derecho.

El Estado es una forma histórica de organización política, distinta de otras formas, como la polis. Podemos hablar de Estado desde la edad moderna. Para Spengler, en el escorial fue creado el primer Estado con el reinado de los Reyes católicos. El estado es fruto de un lento proceso, la tenaz pugna contra los poderes de la Iglesia y el Imperio. A la vez se da una lenta supresión de poderes intermedios, por eso se dice que el Estado es soberano, porque tiene soberanía.

El estado tiene su base en la sociedad humana. El hombre es incapaz de vivir aislado, es un ser sociable, y esta sociabilidad se plasma en la familia.

Para Hobbes, el hombre tiene necesidad de vivir en sociedad, pero esto no quiere decir que sea sociable. Las personas humanas llevan a la destrucción, y de ahí surge el Estado, es un poder que asegura la paz y el orden social.

El Estado consta de territorio, población y organización jurídico, que deriva en el gobierno, que es el poder para obtener objetivos. Si el derecho es producto del Estado, el Estado ha de someterse al derecho.

Según García-Pelayo: el renacimiento del orden político es en el s. V-IV a.c.; pero el Estado propiamente dicho nace en la edad moderna, en Europa. Held dice que la historia de la formación del Estado es parte de la historia de Europa, y viceversa.

En la antigüedad había dos formas políticas: la polis griega y el Imperio mundi. En la EM nos encontramos ante una abigarrada de pequeños estados feudales, junto con el poder del Papado y junto al poder del monarca, disminuido por éstos. Donde encontramos también la totalidad del mundo cristiano, una unidad teopolítica.

Para H.Heller, casi todas las funciones que el Estado reclama para sí estaban muy repartidas, y es que mediante el enfeudamiento o la concesión de inmunidades el poder central se vio privado de casi todos los derechos. El poder estaba limitado interiormente por los poderes feudales y en lo externo por la iglesia y el Imperio.

Los fueros son garantías, privilegios a territorios. En esta época hay privilegios, excepciones que dejan socavado el derecho general.

En la antigüedad, estado e iglesia tenían una inseparable unión, en la Edad Media, durante la cristiandad, la Iglesia tenía un poder superior, y a través del Estado ejercía coacción.

En la edad Media el orden político fue una organización teopolítica, plasmada en la filosofía de San Agustín, con la Ciudad de Dios (iglesia) y Ciudad del Diablo (sus enemigos). Y se consideraba que los dos poderes, Papa y Emperador, tenían origen divino.

Para Bodino, la soberanía es un factor integrador del Estado. La soberanía es el poder de dar y anular la ley.

Según Kelsen, la definición del Estado es muy difícil, pues en un sentido amplio Estado es igual a Sociedad, y en un sentido estricto Estado son los órganos de la sociedad. En un sentido jurídico, es una comunidad creada por un orden jurídico nacional. No es posible comprender la esencia del Estado sin presuponer la existencia de normas. Un ordenamiento tiene unidad e individualidad porque ha sido creado por y para un Estado.

Relación entre Derecho y Estado: aun creado por el Estado, el Derecho se piensa como regulador de la conducta del Estado. Para el jurista, el Estado es un conjunto de normas. La identidad del Estado y del ordenamiento jurídico es patente, incluso para los sociólogos, el ordenamiento jurídico caracteriza al Estado como sociedad políticamente organizada o como una organización política.

Si creemos que toda organización es un orden, ¿dónde reside el carácter político de éste? En el orden coercitivo, es político porque es un orden que regula monopolizando el uso de la fuerza. Podemos concluir que el Estado es una sociedad políticamente organizada porque es una comunidad constituida por un orden coercitivo, que es el derecho.

A veces se afirma que el Estado es una entidad política en cuanto tiene poder, y se concluye que el Estado es el poder que está detrás del Derecho. El poder estatal es el poder organizado por el derecho positivo, el poder del Derecho, es decir, el poder del derecho positivo. El poder político es la eficacia de un orden coactivo que se reconoce como derecho.

Los elementos del Estado son 3:

Territorio: lo que condiciona que haya una terminología específica para naciones sin territorio: Países, que es lo más próximo a estado.

Pueblo: Como el Estado sólo tiene un territorio, del mismo modo sólo tiene un pueblo, pero no tiene porque ser sólo una etnia. La unión del pueblo también es jurídica, al igual que las **fronteras** del territorio.

Derecho: es un orden jurídico nacional, sometido a la Constitución.

Teoría del Estado de Derecho. Elías Díaz.

Los seres humanos son la razón de ser del Estado de Derecho, que es el resultado de una serie de propuestas para una mejor garantía, protección y efectiva realización de exigencias sociales y morales calificadas como derechos fundamentales.

No todo Estado es un Estado de Derecho. Todo Estado crea derecho, pues es uno de los tres elementos

constitutivos, pero a pesar de esto, no todo Estado merece ser reconocido como Estado de Derecho. ¿ste implica:

a. Sometimiento del Estado al Derecho (autosometimiento a su propio derecho). La ley impera sobre gobernantes y ciudadanos, y es expresi3n de la voluntad general. Estas leyes est3n creadas seg3n un determinado procedimiento que implica la libre participaci3n popular.

b. Regulaci3n y control equilibrado de los poderes. Todas las actuaciones del Estado y sus gobernantes est3n reguladas por medio de leyes.

c. Fiscalizaci3n de la Administraci3n: actuaci3n seg3n ley en todos los ordenes y niveles de ella, as3 como un eficaz control por los competentes 3rganos constitucionales y jurisdiccionales, control pol3tico ante el Parlamento y control jur3dico ante los Tribunales. Interdicci3n de la arbitrariedad pero no de la discrecionalidad con respeto al principio de legalidad y a sus determinaciones e implicaciones por todos los funcionarios y servidores del Estado.

d. Derechos y libertades fundamentales, que constituyen la raz3n de ser del Estado. Las garant3as jur3dicas y la efectiva realizaci3n de las exigencias 3ticas y pol3ticas, p3blicas y privadas, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos econ3micos, sociales, culturales y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos.

Estas caracter3sticas del Estado de Derecho han ido surgiendo lentamente desde la modernidad, desde la ilustraci3n. El Estado de Derecho responde a concretar exigencias de los derechos y de los que no puede prescindir.

El Estado de derecho es una invenci3n, u resultado hist3rico hecho por individuos, por sectores sociales, que contra el poder desp3tico buscaban seguridad (para la persona y las propiedades de 3sta), y que a su vez exigen garant3as y protecciones para otras manifestaciones de su libertad. Y ello, tanto de forma positiva intervenci3n en los asuntos p3blicos (derecho a voto) como de negativa no interferencia de los dem3s (prohibido matar).

Desde el renacimiento los Estados reclaman y al final logran la Soberan3a. La ley es expresi3n de la voluntad general, creada por libre representaci3n, no censitaria (aunque en esta 3poca lo sea).

En cuanto a la divisi3n de poderes. Podemos decir que existe un predominio del legislativo como 3ltima instancia, porque es el 3nico que tiene legitimaci3n directa. El poder legislativo es:

- poder constituyente.
- poder parlamentario (suministro legal y controla al ejecutivo)
- fiscalizaci3n de la administraci3n (control pol3tico y jur3dico)
- interdicci3n de la arbitrariedad (El estado de derecho impone l3mites y controles legales al poder ejecutivo)
- derechos y libertades fundamentales, que son la raz3n de ser del Estado.