

DERECHO NATURAL

CONCEPTO DE DERECHO (I)

PROBLEMÁTICA DE LA DEFINICIÓN DE DERECHO

Hart señala que pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de manera tan diversa, extraña y paradójica como la pregunta "¿ qué es el Derecho?". Esta situación de Derecho contrasta palmariamente con lo que ocurre en otros ámbitos del saber humano.

Cobra vigencia una sentencia de *Kant* la cual señala que todavía los juristas buscan una definición para un concepto de Derecho.

–*Ricardo Orestano* señala que pocas cuestiones como la que nos ocupa, han sido una cuestión realmente en nuestra tradición Jurídica.

–*Scarpelli* parte de la idea de que no existe una definición de Derecho, lo único que hay es una cuestión de análisis terminológico o de opción entre varias definiciones posibles.

– El Derecho es algo que se vive en la vida cotidiana.

12 FORMAS DE VIVIR EL DERECHO

I Derecho como un orden justo, equitativo, es decir, lo que corresponde a cada uno.

II Como Norma o conjunto de Normas que regulan la conducta social con independencia de la voluntad de quien establece esas Normas.

III Como protección o como garantía, es decir, como salva guarda de la persona individual y de la sociedad colectiva.

IV Como autolimitación a nuestro ámbito de actuación.

V Como sanción

VI Como disposición o mandato, es decir, aquí va reflejada la voluntad de quien dispone la Norma

VII Acuerdo o consenso de voluntades, los contratos, pactos, convenios, en definitiva la autonomía privada.

VIII Cuando se resuelve un conflicto (sentencia, arbitraje)

IX Como pretensión, hacer valer mi Derecho frente a los demás.

X Como Derecho institucional (País, región)

XI Como modo de organización y ordenación de la vida social.

XII Como ciencia. Ciencia del Derecho (Jurisprudencia).

TODO ESTO SE PUEDE REDUCIR A CUATRO GRUPOS

I Entender el Derecho como lo justo, el orden justo de la convivencia social que implica la atribución a cada persona de lo que como tal le corresponde. (Derecho con Relación a la idea de Justicia)

II Derecho como conjunto de Normas que rigen la vida social en una comunidad políticamente organizada y donde se incluirían las sentencias de los tribunales (Derecho en sentido objetivo)

III Como facultad o pretensión personal, algo que corresponde a una persona y que esta dispuesta a hacerlo valer (Derecho Subjetivo)

IV Entender el Derecho como ciencia, lo que tradicionalmente se llama Jurisprudencia (Ciencia del Derecho). Tiene como objeto el estudio de todas las manifestaciones de lo Jurídico.

3 VÍAS PARA LLEGAR A UN CONCEPTO CIENTÍFICO DEL DERECHO

Nos va a servir para distinguir las diversas manifestaciones de fenómenos heterogéneos que designamos con la palabra Derecho que nos sirva también para distinguir el Derecho de otros ordenes Normativos y que nos diga donde empieza y donde termina el Derecho.

I Analítico-Lingüística

Esta basada en el método del análisis del lenguaje

Elaborar un concepto científico del Derecho seleccionando y analizando toda esa variedad de fenómenos de la convivencia social que designamos con la palabra Derecho. Hart dice La palabra Derecho es vaga e imprecisa y es también un término ambiguo.

- En cuanto a la ambigüedad con el término Derecho designamos ideas distintas.
- En cuanto a la vaguedad, posee una *vaguedad intensional o connotativa* y otra *extensional o denotativa*.
 - *Vaguedad intensional o connotativa* : Referido a las propiedades de este concepto ya que no se pueden concretar.
 - *Vaguedad extensional o denotativa* : el Derecho tiene diversos ámbitos de aplicación ya que puede ser público o privado.

Esto nos lleva a hablar de las dificultades de tipo semántico porque muchas veces es difícil elaborar una definición de una palabra. Por otro lado nos vamos a encontrar con las dificultades que implica la palabra Derecho.(que ya se verán más adelante)

Las de tipo semántico van referidas a la Relación que hay entre realidad y lenguaje. De dicha Relación, se deducen otra serie de cuestiones como serían los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que deben tenerse en cuenta para definir una expresión lingüística como es la palabra Derecho. Partiendo de esta idea, entenderíamos los conceptos como reflejo de la esencia de las cosas, y las palabras o términos lingüísticos serían los instrumentos, por tanto, la relación que hay entre las palabras y la realidad es la de una conexión necesaria y convencional.

El lenguaje es dinámico, tiene un significado dinámico y no estático. Tiene además un carácter convencional ya que hay un acuerdo para designar a una determinada realidad con una serie de palabras. No nos resulta posible dar una definición (del Derecho) desde un punto de vista lingüístico, depende del contexto, etc...

II Inductiva

Basado en el método inductivo. (De varias premisas se saca una conclusión)

Se refiere a la realidad social en la que nos encontramos. Esto implica que vamos a ir de lo particular a lo general. Tenemos en cuenta toda la realidad social que se produce y de ahí se induce un concepto genérico. No podemos llegar, a pesar de todo, a una definición de Derecho que sirva en todo momento y en todo lugar.

III Deductiva

De un concepto general sacar diversos particulares.

Establece un concepto con un carácter previo a la realidad social. Un autor define el Derecho para que sea valedero en todo momento y en todo lugar, de ese concepto universal de Derecho deducimos propiedades y características del Derecho en una determinada época y lugar, y de ahí la elaboración de un sistema de conceptos o conceptual.

Conclusión a estos tres métodos :

- Del primer método, lingüísticamente no se puede llegar a ninguna definición de Derecho.
- De los tres métodos conjuntos entre si, podemos elaborar una definición de Derecho.
- No podemos elaborar una definición de Derecho que pueda responder a todos los contextos en el que este aparece.

TIPOS DE DEFINICIONES DEL CONCEPTO DERECHO. DADAS POR DIFERENTES AUTORES.

Definición de Derecho de *Kant*.

Derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el libre albedrío de cada uno puede coincidir con el de los demás, según una ley universal de los demás. Todo esto está dirigido al fin último del Derecho. Lo que todo Derecho debe garantizar para Kant es la libertad. El arbitrio de cada uno debe coincidir con el de los demás. Mi libertad debe ser de tal naturaleza que debe coexistir con la de los otros (Tu Derecho a fumar termina donde empieza el mío a respirar)

El Derecho regula, es un conjunto de condiciones o mandatos para regular las libertades en el respeto. Por tanto el Derecho tiene la característica de imperatividad. Si el Derecho no impone el Derecho de la libertad del otro, no es posible asegurar ni garantizar el uso de esa libertad para todos.

Conclusiones a la definición de Derecho de Kant.

- En esta definición hay una finalidad, la libertad colectiva.
- Otra característica es la imperatividad.
- Reciprocidad de Derechos y obligaciones entre individuos (Relaciones bilaterales). El Derecho debería garantizar la libertad de todos.
- Coactividad

I Conjunto de definiciones que vinculan el Derecho con la idea de la coacción.

Kelsen (Praga 1881–1973 USA) Tª pura del Derecho es su obra magna. El Derecho es un conjunto de Normas que regulan el uso de la coactividad regulado por el estado, sin estado no hay Derecho.

Ofrece un mismo punto de vista su discípulo Bobbio (Turín 1909–). Sus obras están dedicadas a la definición de Derecho El Derecho es la utilización de la coactividad. Reduce todo ámbito del Derecho a la coacción.

II Definiciones que relacionan el Derecho con la aplicación del mismo

–La aplicación del Derecho la realizan los Jueces.

–El Derecho es el que se vive en las sentencias de los tribunales, es el más vivo.

Alvaro D'Ors : El Derecho es lo que deciden los tribunales

III Definiciones que se basan en los valores

El Derecho no solo manda, sino que ordena y garantiza. Esto conlleva una relación.

Es un orden en sentido de atender a una serie de valores sociales : vida, libertad, igualdad y justicia.

Existe una concepción clásica en la que la justicia es el fin del Derecho

La Jurisprudencia romana establece una unión importante desde el principio entre Derecho y justicia.

LA ESCUELA DE GLOSADORES

La escuela de *Glosadores* es un movimiento que aparece a partir del S. XI. Interpretan el Derecho Romano recogido por el Emperador. Se llama Escuela de *Glosadores* porque hacen *glosas* (comentarios a los textos jurídicos romanos, es casi una representación exacta de lo que dicen los textos.) Recogen todas esas partes que tiene Relación entre Derecho y Justicia que aparecieron tanto en el texto escrito como en la propia Jurisprudencia romana. Consiguen que el Derecho Romano no se pierda y se fundamente en Europa como base del Derecho.

Aparece otra doctrina, la llamada *Escolástica*, es un movimiento amplio en el tiempo (a partir del S. XII ; en España terminará a finales del S. XIX, en Europa hasta el S. XVI)

De todas estas definiciones se deduce que no hay sólo una definición de Derecho. Estas definiciones son de carácter personal, y se conocen con el nombre de definiciones IDEOLÓGICAS.

Ideología (ideas, principios, valores) :

Es un término reciente en el lenguaje político. Aparece a comienzos del siglo pasado en la Francia Napoleónica.

Algunos autores dicen que debe desaparecer este término porque los límites ideológicos de los partidos no son tan nítidos.

Este término aparece con un significado contradictorio : Hay un grupo de autores que empiezan a criticar a Napoleón por su poder despótico y autoritario (se llamaron así mismos *ideólogos*). Para ellos ideología consistió en afirmar una serie de valores que rigiesen nuestra vida social. Frente a este planteamiento, *Napoleón* afirmó que este término es una crítica a su persona y no a su poder. (Estos dos últimos términos son los contradictorios, los cuales se han mantenido hasta nuestros días).

Hay un diccionario que recoge dos significados de este término :

- Un significado débil o positivo que hace referencia al concepto más utilizado. Este significado implica que existen valores, principios y creencias que forman parte del orden político. Cualquier cambio histórico implica un cambio ideológico.
- Un significado fuerte o negativo : la ideología sería un concepto falso que encubre otra realidad. En este supuesto se trató de la concepción *Marxista* de la historia. Esto significa que cualquier cambio aparente, encubre la lucha de clases.

Desde el punto de vista de estos dos significados, habría que ver en qué consiste la definición del Derecho :

Atendiendo al significado positivo o débil, toda definición del Derecho conlleva afirmar una serie de principios y valores, es decir, que el Derecho recoge principios y valores. Al haber multiplicidad de principios y valores no hay sólo una definición de Derecho.

Atendiendo al significado negativo o fuerte, toda definición de Derecho sería falsa. Por tanto, tampoco hay una sola definición.

Conclusión : aunque elijamos cualquier significado siempre llegamos a que no sólo hay una definición de Derecho.

CONCEPTO DE DERECHO (y II)

Concepto etimológico

Hay una separación entre la raíz etimológica de la palabra Derecho y las otras raíces de las expresiones Jurídicas.

Derecho : Su raíz etimológica está formada por dos expresiones : *DI* + *RECTUM*

RECTUM : es lo que debe hacerse (lo recto).

DI : Significa estabilidad, firmeza.

DIRECTUM : es la raíz de la palabra Derecho en nuestro idioma y en los demás idiomas que provienen del Latín.

Ulpiano : término *IUS* (justicia).

- *IUS* : Vocablo latino que es raíz de las otras expresiones Jurídicas como justicia. El término *IUS* es la raíz de la mayoría de las expresiones Jurídicas excepto de la principal que es Derecho.
- El término *IUS* provenía :
- Para algunos de la expresión *IUGUM REOR* que significa juzgar equitativamente, es decir, que todo el mundo es igual ante la ley.
- Para otros venía de la expresión *IUVARE* que significa ayudar. El Derecho ayudaría a resolver conflictos que se plantean dentro del orden social.
- Otros decían que venía del término *ISONOMIA* que significa igualdad. El Derecho garantiza la igualdad de todos.
- Un planteamiento religioso dice que proviene de *Júpiter*. El Derecho era una misión superior.

TIPOS DE REALIDAD A LAS QUE SE REFIERE EL DERECHO Y CLASES DE REALIDAD QUE EL DERECHO NO REGULA

Clases de realidad a las que el Derecho no se refiere (I) : El Derecho no pertenece a la naturaleza física. Kelsen dice que la naturaleza física estaría formada por objetos físicos sometidos a la ley de la causalidad. Esos objetos carecen de toda finalidad y tampoco son susceptibles de una valoración.

La ley de causalidad se puede expresar por medio de dos elementos : *Causa – Efecto*. Existe una Relación mecánica entre estos dos elementos. Un cuerpo sometido a una Causa va seguido de un Efecto. La ley de la causalidad se expresa por la *necesariedad*. Es decir, siempre que exista una *Causa* habrá un determinado *Efecto*. (Ley de la Gravedad)

En el ámbito del Derecho rige otro principio llamado de *Imperatividad* : El Derecho ordena sobre conductas sociales, en las que hay que tomar en consideración la libertad del sujeto, que pueden ser valoradas y persiguen algún tipo de finalidad.

Frente al principio de *Causalidad*, en el principio de *Imperatividad* nos encontramos otros dos elementos :

- **Supuesto de hecho** : es la conducta que debe realizarse. No todo supuesto de hecho conlleva una Consecuencia Jurídica.
- **Consecuencia Jurídica** : es el efecto que debería de producirse. Si se produce un supuesto de hecho, debería producirse una Consecuencia Jurídica, pero no tiene porqué producirse esta última.

No solo hay que tener en cuenta la libertad, también otras características como los fines. El legislador intenta evitar conflictos y el Derecho se crea para solventarlos en su caso.

El legislador trata de limitar todas las posibles conductas del sujeto. Hay que contar con la libertad del sujeto. En el ámbito del Derecho nos encontramos con diversas valoraciones, tanto por parte del legislador como por parte del sujeto, así como los jueces establecen también una valoración del Derecho. También hay que tener en cuenta la finalidad que persigue el Derecho, Libertad, Justicia, Igualdad, en resumen, un orden donde se prevé un conflicto. El Derecho se creó con el fin de establecer un orden y resolver los problemas que se puedan plantear en las conductas sociales. El ámbito de la naturaleza (o ser) es muy diferente al ámbito del Derecho (o deber ser).

Clases de realidad a las que el Derecho no se refiere (II) : El Derecho no es un proceso mental, sino que es el resultado de tal proceso. En el Derecho hay motivos de carácter psicológico o irracionales, desde el punto de vista emotivo o sentimental, en la elaboración de la Norma, pero lo importante es la elaboración técnica de la Norma Jurídica, el resultado de ese procedimiento técnico.

Clases de realidad a las que el Derecho no se refiere (III): El Derecho no es una idea pura ni un valor puro. Cuando se habla de idea pura, se habla de principios lógicos o matemáticos que tienen una validez incondicionada. El Derecho depende en su validez del momento histórico, por tanto no es una idea pura. El Derecho no tiene una validez incondicionada porque cambia según el momento histórico y el marco territorial. Tampoco es un valor, el Derecho debería atender a valores pero no se identifica con ellos. Cuando el Derecho no protege nada o no atiende a ningún tipo de valor este, aún así, existe como forma de expresión de una determinada comunidad política.

TIPOS DE REALIDAD A LAS CUALES EL DERECHO SÍ SE REFIERE.

El Derecho pertenece a la realidad social, regula conductas sociales las cuales tienen trascendencia. Dentro de esta realidad social, sin embargo, no todos los individuos van a tener una trascendencia para el Derecho. Cuando un individuo realice algo contra una Norma Jurídica, habrá que ver por qué lo ha hecho. Si

mantenemos una Relación Jurídica, los restantes individuos me pueden exigir el cumplimiento de las Normas Jurídicas, característica llamada bilateralidad de conductas o de comportamientos, lo que implica una reciprocidad entre las conductas de los individuos. Todo Derecho atribuido a una serie de individuos implica la obligación por parte de otros. Mi comportamiento repercute sobre el comportamiento de los demás. Repercusión establecida en la Norma Jurídica. No se puede tener un concepto de Derecho separado de estas dos características : Carácter territorial y momento histórico determinado.

(I) Relación entre el Derecho y la realidad social : Primero está el conflicto y luego aparece la norma, pero otras veces la norma es anterior al conflicto, a la realidad social. La costumbre es un Derecho no escrito. Ha sido la realidad social la que ha ido creando el Derecho, aunque no siempre ha sido así. Cuando la Norma Jurídica se crea debe ser objetiva (dejando de lado la voluntad y la intencionalidad del legislador). El Derecho va más allá de la intención del legislador cuando crea la norma.

(II) EL Derecho pretende establecer una situación de orden social, debe dirigirse a cumplir con determinadas finalidades : lo que cada momento histórico haya determinado.

Las Normas Jurídicas se dividen en Derechos y Obligaciones.

Hay repercusiones cuando no se cumplen las obligaciones. El Derecho tiene carácter territorial y carácter temporal. La Relación de la realidad social y el Derecho es como el círculo vicioso del huevo y la gallina. Hay ocasiones en las que la sociedad crea un conflicto que el Derecho debe resolver y otras en las que el Derecho prevé situaciones y las regula. La Norma Jurídica debe tener un carácter objetivo. Hay un Artículo en el que se matiza cuando debe ser subjetiva la aplicación de la Norma Jurídica.

La Norma Jurídica debe ser aplicada en relación con la Realidad Social del momento.

APDO. III DE ESTE TEMA : PRINCIPALES ACEPCIONES DE LA PALABRA DERECHO.

Contextos lingüísticos donde aparece el concepto Derecho.

Derecho Objetivo : Es el conjunto de Normas Jurídicas. De las Normas Jurídicas va a surgir la obligación o deber jurídico y el Derecho Subjetivo.

Derecho Subjetivo : Es la facultad atribuida a uno o varios sujetos (incluso a toda la sociedad) para exigir de otros el cumplimiento de una obligación o deber jurídico. A las personas que tienen atribuida esa facultad se les denomina *titular del Derecho Subjetivo*.

Para que exista un Derecho Subjetivo debe existir una Norma Jurídica o Derecho Objetivo

DERECHO OBJETIVO		DERECHO SUBJETIVO
Conjunto de Normas Jurídicas.	VS	Facultad atribuida a uno o varios sujetos, para exigir de otros el cumplimiento de una obligación (Deber jurídico)
Poseen carácter coactivo y prohibitorio		A quien tiene atribuida esa Norma por parte del Derecho objetivo, se le llama titular del Derecho Subjetivo.

DISTINCIÓN ENTRE DERECHO POSITIVO Y DERECHO VIGENTE. (POSITIVIDAD " VIGENCIA (VALIDEZ))

Derecho Positivo : Aplicación de un Derecho en un momento histórico concreto y en un espacio determinado (marco territorial).

Validez del Derecho (es lo mismo que la vigencia) : en el ámbito espacial y en el ámbito temporal.

Positividad vigencia : la vigencia es espacialidad y temporalidad.

Temporalidad de la vigencia : A partir de que se ha superado un período de tiempo (denominado *VACATIO LEGIS*). Este período implica lo siguiente : la Norma desde que se publica en su totalidad, hasta que esta entra en vigor. Si no se conoce una Norma, difícilmente se puede cumplir, aunque esto no se puede apelar ante un tribunal.

El Derecho Positivo Español es el que ha superado la *VACATIO LEGIS*. El período *VACATIO LEGIS* es (habitualmente) de 20 días desde que la Norma es completamente publicada hasta el momento de entrar en vigencia.

Existe un caso en el que no es identificable la vigencia con la *positividad*. El Derecho Positivo Histórico se refiere a todo el Derecho que a lo largo de la Historia ha sido exigible.

Diferencia entre Derecho Positivo y Derecho Natural. (nos lo saltamos)

EXPRESIONES FUNDAMENTALES DENTRO DEL LENGUAJE JURÍDICO EN LAS QUE NO APARECE INCLUIDA LA EXPRESIÓN DERECHO :

Sistema Jurídico y la expresión Ordenamiento Jurídico.

- Sistema Jurídico es un todo ordenado y coherente de Normas Jurídicas. Para que se puedan producir estas características nos vamos a encontrar con que hay dos tipos de relaciones entre las Normas :
 - Relaciones de subordinación : Toda Norma superior prima sobre la Norma inferior, según el modelo de pirámide Normativa. El principio de Normativa Jerárquica significa que toda Norma superior determina la validez y el contenido de la Norma inferior. *Validez* : procedimiento de creación de la Norma inferior.
 - Relaciones de coordinación : una Norma no puede mandar lo que prohíbe otra. Toda Norma extrae su significado y su sentido de todo el sistema jurídico. No puede existir una contradicción entre las Normas Jurídicas. El término para designar contradicciones entre Normas Jurídicas es el de ANTINOMIA.
 - Criterios del sistema jurídico para resolver las *ANTINOMIAS* :
- Jerarquía Normativa
- Criterio de temporalidad : La Norma posterior en el tiempo deroga a la anterior.
- Criterio de la especialidad : la ley que tiene un contenido especial prima sobre la que tiene un contenido general.
- Expresión Ordenamiento Jurídico : Se identifica con la expresión Sistema Jurídico y es más reciente respecto a Sistema Jurídico. Esta expresión fue dada por *Santi Romano (1917)*. Se utiliza para hablar de la pluralidad de Ordenamientos jurídicos, es decir, habrá tantos Ordenamientos jurídicos como Grupos Sociales con capacidad para crear Normas Jurídicas, por tanto el Estado no será el único capaz de crear una Norma. Frente a esa pluralidad de Ordenamientos Jurídicos, se habla de la unidad del Ordenamiento Jurídico, en el sentido de que sea el Estado el único que pueda decidir quién crea Normas Jurídicas y qué Normas se integran dentro del Sistema Jurídico. El criterio de unidad aparece en el pensamiento de *Kelsen*, que en cualquier caso supondría no solo limitar la creación de Normas Jurídicas, sino negar también que los grupos sociales puedan tener una influencia en esa organización político estatal.

DIFERENCIACIÓN ENTRE NORMA JURÍDICA Y ARTÍCULO

En la norma tenemos el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Primero se prevé el cumplimiento del deber y sólo cuando no se cumple, se habla del incumplimiento de ese deber.

Toda Norma Jurídica se expresa a través de dos elementos : lo que el legislador dice que debe hacerse y lo que el individuo hace.

Norma : Previsión de una conducta por parte del legislador, conducta como algo que debe realizarse a la que atribuimos la Consecuencia Jurídica de la *validez* ; y con carácter secundario, señala, que para el cumplimiento del deber establecido la Consecuencia Jurídica es la sanción. La hipótesis no desaparece en ningún caso. Una Norma Jurídica no se puede identificar con un artículo. Una Norma Jurídica no equivale a un Artículo. Para comprobar el sentido de la Norma Jurídica debo revisar varios Artículos. Ninguna Norma Jurídica es un ente aislado dentro de la legislatura.

Bibliografía

Introducción al Derecho Alvaro d'Ors.

Introducción al Derecho Atienza

Compendio de Tª general del Derecho Ramón Soriano

Teoría general del Derecho Ignacio Ara

Teoría general del Derecho Almaguera

Introducción a la ciencia Jurídica Marcelino Rodríguez Molinero.

Tema II

El Derecho como Ordenamiento y su contraste con otros Ordenamientos de la conducta humana

I.- Relaciones entre Derecho y Moral

Diferentes teorías que se han formulado en el momento actual.

Evolución histórica de este planteamiento

Características

- Distinción entre Ética y Moral (I).

La distinción entre Ética y Moral viene dada única y exclusivamente por sus etimologías.

Ética : Proviene de la palabra griega *ETHOS* (costumbres, usos)

Moral : Proviene de la palabra latina *MOS* (costumbres, usos)

Para unos la Ética sería el género (todo tipo de conductas sociales,(general, objetiva...)), y la Moral sería la especie (un tipo concreto de conductas sociales (individual, subjetiva)).

Distinción entre reglas técnicas (reglas que tienen sentido en el ámbito de la naturaleza) frente a Normas Éticas : Se puede hablar de conjuntos de Normas Morales y varios conjuntos de Normas Jurídicas.

- Distinción entre Ética y Moral (II).

Lenguaje utilizado en la Moral y el Derecho frente a otro tipo de realidades.

En el ámbito de la naturaleza se utiliza la descripción de la realidad, lenguaje descriptivo. Describe la realidad tal y como se está produciendo. En el Derecho y en la Moral se utiliza un lenguaje descriptivo.

En el caso de la Moral se habla de lenguaje descriptivo ; en el caso del Derecho se dice que la prescripción es indiferente, ya que este se da en términos imperativos, por lo que es neutral respecto de valores.

- Distinción entre Ética y Moral (III).

Moral como fundamento del Derecho.

Toda Norma Jurídica proviene de ciertas conductas sociales, el legislador establece como Derecho lo que ya está en la sociedad. Se considera lo siguiente : La cantidad de remisiones que el legislador hace a conceptos Morales son continuas, especialmente en el caso de la legislación penal, civil y administrativa. La Moral es el fundamento del Derecho porque hay Normas en las que no sólo hay obligación Jurídica sino también Moral, aunque hay numerosos artículos de nuestro sistema, en los cuales hay una obligación al margen de la conciencia.

TEORÍA DE LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL.

No es posible establecer en este planteamiento ninguna Relación entre ambos, pero la principal distinción se refiere a la intención con la cual se obra, la intencionalidad en ambos casos. En el caso de la Moral nos encontramos con lo siguiente : para que un individuo actúe es necesario que lo haga por un cumplimiento interno del deber. En el caso del Derecho lo que rige es la exterioridad, que consiste en la adecuación entre mi comportamiento y lo establecido en la Norma Jurídica. Sólo nos preocupamos de esto cuando hay un incumplimiento del deber.

Características que diferencian Derecho y Moral (I). *Bilateralidad* del Derecho frente a *unilateralidad* de la Moral.

Toda facultad o Derecho contenido en una Norma, implica la realización de esta por parte de otros individuos. En el caso de la Moral, hablamos de *unilateralidad*. La Norma Moral es unilateral porque impone deberes sin que exista por parte de otros sujetos un grado de exigencia. No se me puede exigir el cumplimiento de esa obligación.

Características que diferencian Derecho y Moral (II). Coactividad del Derecho frente a la ausencia de coactividad por parte de la Moral (Interioridad / Exterioridad)

En el caso de la Moral (interioridad) implica que el individuo realiza el acto por voluntad propia, no por obligación ni represión.

Características que diferencian Derecho y Moral (III). Respecto a los valores.

En el ámbito de la Moral se atiende a valores que son precisos, necesarios para la perfección del sujeto. En el caso del Derecho, este atiende a valores sociales.

La Moral atiende a valores, los cuales son necesarios para que el individuo alcance la perfección y se realice como tal.

Características que diferencian Derecho y Moral (IV). *Autonomía* de la Moral frente a *heteronomía* del Derecho.

La autonomía supondría que la Norma Moral procede de la voluntad del sujeto que está llamado a cumplirla. Frente a esto, en la *heteronomía* del Derecho el sujeto que está llamado a cumplir la Norma no es el mismo que el que la crea, ya que las Normas Jurídicas no las crea una sola persona sino un colectivo de personas.

Características que diferencian Derecho y Moral (V). Forma de asumir funciones colectivas del individuo dentro de la sociedad. El Derecho habla de las funciones colectivas que el individuo puede desarrollar dentro de la sociedad. La Moral se refiere al individuo en cuanto tal.

Finalidad de cada tipo de orden (Derecho y Moral)

La finalidad (en el caso del Derecho) de la Norma Jurídica es el bien del titular del Derecho subjetivo. En el caso de la Moral, se busca el bien de la persona obligada.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

El único tipo de filosofía que distingue entre Derecho y Moral es el *Estoicismo*.

Estoicismo : corriente doctrinal (S.III a.C. – S.III d.C). Prepara el camino al cristianismo. Rechaza la esclavitud desde el punto de vista Moral y establece una identificación entre 3 conceptos : *Dios, Naturaleza y Razón*.

Establece la separación entre Derecho y Moral. Diferencia entre lo que denomina como *FORUM INTERNUM*(fuero interno de la conducta) frente al *FORUM EXTERNUM*.

FORUM INTERNUM(subjetivo, conciencia...): Hay ciertos preceptos que el individuo cumpliría desde el punto de vista de su conciencia, sin necesidad de que el Derecho le obligue a ello.

FORUM EXTERNUM (obligación por parte del sistema a cumplir sus normas): Aquella Norma que sólo te obliga externamente con referencia a la Jurisprudencia Romana: no hay una separación estricta entre Derecho y Moral. Respecto de los 3 principios contenidos en el inicio del *DIGESTO* :

- Dar a cada uno lo suyo (concepto estricto de Derecho).
- No hacer daño a nadie (ámbito de la Moral y del Derecho).
- Vivir honestamente (ámbito de la Moral y del Derecho).

En estos tres principios no hay una diferencia marcada, ya que entre el 2º y el 3º no hay apenas diferencia. Más tarde se establece otra separación con la llegada del cristianismo, a través de la *Escolástica*.

La Escolástica

Constituye una doctrina amplia en el tiempo (S. XII– S.XV). A partir del S.XVI se habla de la segunda *Escolástica* (la española).

La Escolástica constituye un método de estudio, el método escolástico. Nos encontramos con los 2 siguientes métodos :

Lectio : expone un tema desde un punto de vista subjetivo.

Disputatio : controversia que suponía ver diferentes puntos de vista sobre un mismo tema.

Hay dos corrientes dentro de la *Escolástica voluntarista (Ockam)* y la *Escolástica Racionalista (Sto. Tomás)*. En la *Escolástica* se establece la siguiente separación entre Derecho y Moral :

- Las acciones internas que hacen referencia a la rectitud del hombre que se plantea ser un hombre virtuoso (honesto con los demás, para conseguir el Bien propio).
- Las acciones externas son aquellas en las que predomina el ámbito de una Relación Social, el individuo lleva a cabo un comportamiento porque se enmarca en un conjunto de relaciones sociales, y desde un punto de vista externo está obligado a mantener esas Relaciones Sociales. Este planteamiento diferencial entre acciones internas y externas lleva al pensamiento posterior al que denominamos *Escuela Europea de Derecho Natural* (S.XVI en Centro Europa hasta finales del S.XVII). Entre los autores de esta escuela se encuentra *Thomasius* que establece la diferenciación entre 3 ámbitos de conducta regidos cada uno por una propiedad :
- Derecho regido por la idea de lo Justo.
- Moral regida por la idea de Honestidad.
- Los usos sociales regidos por la idea del decoro.
- Planteamiento de *Kant* (o *Kantiano*) : no es un planteamiento original sino que es una adaptación de corrientes anteriores. La distinción entre Derecho y Moral se produce a través de dos características : *interioridad* (o moralidad) y habla también de la *exterioridad* (legalidad).
- *Interioridad* : un individuo realiza válidamente una norma Moral con un respeto interno del deber. Lo importante es la intención con la que el sujeto ha realizado esa norma. Prima la intencionalidad del sujeto. Moral de las intenciones frente a Moral de los fines. Kant pretende señalar la existencia de una Moral individual.
- *Exterioridad* : consistiría en la adecuación final entre el comportamiento previsto en la norma y la conducta realizada por el individuo, de tal forma que no importan las intenciones del sujeto o móvil de actuación. Sólo la intencionalidad importa cuando no se cumple la norma, ya que no hay que determinar todo un camino de infracción.

Respecto al pensamiento actual nos encontramos con el *positivismo jurídico* que ha establecido la separación entre Derecho y Moral pero con un cierto tipo de argumentación. La Moral es subjetiva, es individual, es un criterio interno de actuación. El Derecho no puede ser valorado desde un punto de vista Moral. Lo que define al Derecho sería exclusivamente el modo de creación del Derecho. El Derecho existe con independencia de la Moral del individuo pero no al revés, la Moral existe con dependencia del Derecho. Frente a ese planteamiento se habla de otro, la existencia de una Moral individual pero que coexiste con una llamada *Moral Social*, es decir, los preceptos morales del individuo forman parte de la Moral de la sociedad. Se habla de una Moral mínima que todo estado debería de cumplir. Los individuos deberían exigir del Estado que protegiera de ciertos valores, pero como no es así se habla de una Moral mínima de cierta protección por parte de los Estados. *Rowls* es uno de los que habló de esa Moral mínima.

RELACIÓN ENTRE DERECHO Y USOS SOCIALES

El tipo de denominación que se debe utilizar para referirse a un cierto tipo de conducta social aparece recogido en nuestro Ordenamiento Jurídico. Frente a ese tipo de denominaciones, hay otras. Se habla también de convencionalismos sociales (no es muy acertado ya que parece que se precisa de la necesidad de un acuerdo o convenio). Se habla también de reglas de trato social (da la idea de una estructura concreta y formal, tampoco es así). Cuando se habla de *Usos Sociales* lo primero que habría que decir es lo que entendemos por *Uso Social*.

Usos Sociales : Reglas de cortesía, de trato, de decoro, diferentes a la Moral y el Derecho. También se considera cierto hábito de conducta.

¿ Es posible establecer un campo autónomo de los Usos Sociales frente al Derecho y la Moral ? . Hay un autor

(Del Vecchio) que ha determinado el pensamiento italiano respecto a esta cuestión. No es posible hablar de un tercer campo normativo frente al Derecho y la Moral. Los Usos Sociales o bien se inscriben dentro del Derecho o forman parte de la Moral. Sin embargo, la mayor parte de los autores establece la separación de los Usos Sociales respecto del Derecho y la Moral.

Del Vecchio considera que no es así. No hay un tercer campo normativo. Pero Bobbio y otros consideran que sí es posible hablar de un tercer campo normativo.

Características que tienen los Usos Sociales comunes al Derecho.

Nos encontramos con 2 clases de usos sociales :

- Usos Sociales Débiles : tendrían un carácter unilateral (nadie nos puede exigir ese tipo de comportamiento).
- Usos Sociales Fuertes : tendrían un carácter bilateral (porque hay un carácter de exigencia sin que sea una norma escrita, pero en la práctica funciona como tal). Estos, en ocasiones terminan convirtiéndose en Normas Jurídicas.

Como un Uso Social termina convirtiéndose en costumbre :

Para que un Uso Social se convierta en Norma Jurídica **son necesarias** dos características :

- Una reiteración en el tiempo : ese Uso Social se convierte en un hábito de conducta.
- El convencimiento interno por parte de los sujetos de que aquello que realizan es una Norma Jurídica.

Las Costumbres

Clases de Costumbres (según el Derecho Romano):

- Costumbre *contra legem* : contrario a lo estipulado en una ley. No se puede admitir porque la codificación establece la primacía de la ley sobre otro tipo de fuentes. Una costumbre no puede ir en contra de una norma escrita.
- Costumbre *praeter legem* : costumbre fuera de la ley. Ley que rige en defecto de ley aplicable. Quien alega la costumbre debe defenderla ante los tribunales.
- Costumbre *secundum legem* : según lo establecido en la ley. No es una norma determinada, sino que van a ser los criterios que deben aplicarse en la interpretación de la ley.

Cuando una Norma Jurídica deja de serlo en base a la realidad social

- La realidad social no tiene ya nada que ver con lo que dice la norma, está en desuso.
- La variación de los usos sociales va más de prisa que el legislador.
- La Norma Jurídica no contempla la variación de los hechos sociales.
- La norma ha caído en desuso, deja de ser aplicable porque la realidad social ha cambiado.

Otras características de los usos sociales respecto al Derecho

- Los Usos Sociales no incoativos (no son tan coactivos como el Derecho).
- El Uso Social es externo, como el Derecho.
- Los Usos Sociales no persiguen ningún valor per garantizan el orden social.

DIFERENCIACIÓN ENTRE MORAL Y USOS SOCIALES

Características comunes entre Usos Sociales y Moral.

Características comunes entre Usos Sociales y Derecho.

Tema III

Fines y funciones del Derecho

LOS FINES DEL DERECHO : JUSTICIA, SEGURIDAD Y BIEN COMÚN.

Hay dos corrientes doctrinales o actitudes en cuanto a los fines del Derecho.

- Positismo Jurídico : Considera que no existen fines en el Derecho. *Kelsen* (coactivo y no persigue ningún tipo de finalidad). Los valores tienen un carácter subjetivo mientras que el Derecho es objetivo. No hay fines, por lo tanto no hay análisis.
- Ius Naturalista : Lo que justifica el Derecho es la garantía de ciertos valores. Según *John Rawls* la evolución histórica va por esa vía.

JUSTICIA

Relaciones sociales en las cuales puede aparecer una aplicación de la Justicia :

- Clases de Justicia :
- La Justicia como *legalidad* : Por el hecho de cumplir con las Normas Jurídicas, se realiza la Justicia. Hace referencia a que yo cumplo con lo establecido asumiendo un cierto marco de legalidad, no rebasando los límites establecidos por el Ordenamiento Jurídico.
- La Justicia como igualdad : Se puede expresar en un principio (de Aristóteles) *Tratar a los iguales como iguales, y a los desiguales como desiguales* . Aristóteles supone que esta clase de Justicia se aplica en ciertas relaciones sociales, concretamente entre particulares, porque en ellas predomina el principio de igualdad. Cada uno cumple con la obligación y a la vez con el Derecho. (reciprocidad entre las prestaciones)
- La Justicia como proporción : Justicias *Distributiva* y *Correctiva*.
 - *Distributiva* : Aristóteles, *Dar a cada uno según sus méritos en orden a los méritos de cada sujeto*. No sólo se atribuyen Derechos sino también cargas. ¿Quién hace las distinciones ? el Estado, proporcionalmente pero de Derechos y de cargas. (Ej : los impuestos).
 - *Correctiva* : Se trata de establecer una proporción entre el daño que se ha producido y la Consecuencia Jurídica prevista. El daño no es igual en caso de robo que de asesinato exigiendo una sanción proporcional (con dolo o culpa). Interviene el Estado a través de los tribunales de Justicia que aplican la sanción. La sanción se aplica independientemente de su voluntad ; tienen un carácter involuntario y a demás cuando ya el individuo ha incumplido la Justicia como igualdad.

SEGURIDAD

- Exigencias de Seguridad ¿en qué actuaciones ?
- Conocimiento de la Norma Jurídica : Una de las primeras exigencias para ese conocimiento es la publicidad, es decir, que la Norma Jurídica sea publicada completamente, mediando un período de tiempo desde que la Norma Jurídica es completamente publicada hasta entrar en vigor (ver *vacatio legis*)
- Respecto la creación de las Normas Jurídicas : La primera norma del Sistema Jurídico es la

constitución, las normas que aparecen en la elaboración de jerarquía son :

- Leyes creadas por el poder ejecutivo:
- Leyes Orgánicas (Art.81.1) : constituyen una especialidad de nuestro Sistema Jurídico en cuanto al contenido y en cuanto a la forma.
- En cuanto al contenido : serían las relativas a los Derechos y Libertades fundamentales, al régimen electoral general, al régimen autonómico del Estado y las demás materias previstas en la Constitución (realidades de carácter internacional). Tienen un carácter especial o fundamental, por eso la necesidad de preservar una cierta materia. Para la aprobación o reforma de una Ley Orgánica es necesaria la mayoría absoluta mediante una votación de totalidad. La Ley Orgánica sirve para desarrollar el contenido de la Constitución.
- Leyes Ordinarias (inferiores a las L.Orgánicas) : es una norma creada por el poder legislativo con una limitación de carácter material. La ley ordinaria no puede entrar en el contenido de una Ley Orgánica. Para su comprobación o reforma es necesaria la votación por mayoría simple en el congreso. Una característica común a ambas leyes es que los textos de ambas tienen una expresión articulada. Ley Articulada : la que es diferente a una ley de bases.
- Leyes creadas por el poder ejecutivo con un rango jerárquico inferior a la ley ordinaria :
- El Decreto-Ley : supone la creación de una norma por una razón de extraordinaria y urgente necesidad. El Decreto-Ley no puede legislar sobre materia de Ley Orgánica, en materia de Ley Ordinaria sí. Es un planteamiento material, puede legislar sobre cualquier materia excepto sobre la Ley Orgánica. Es necesario convalidar el Decreto-Ley (legitimar esa actuación) en los 30 días siguientes a su creación y por el Congreso de los Diputados. Si el congreso no acepta ese decreto y los efectos ya se han producido, se destruirán los efectos para el futuro, pero no los pasados ya que ya han ocurrido, por lo que la anulación se produce en el momento en que se deniega para el futuro pero no antes.
- Decreto Legislativo : creado también por el poder ejecutivo, pero en este caso el poder legislativo (congreso, etc.) mediante una Ley de Bases, distinta de la Ley Articulada, le señala al ejecutivo que debe legislar sobre una determinada materia. Es diferente del caso anterior que legisla sin necesidad de autorización. En ese caso es necesario la Ley de Bases donde se dan explicaciones para legislar sobre esa materia. El legislativo autoriza al ejecutivo para que legisle sobre una materia determinada y por un tiempo determinado.
- El Reglamento : creado por el P. Ejecutivo. Es una función específica del Poder Ejecutivo. Se admite que el ejecutivo pueda crear normas con forma de reglamento. Legisla utilizando una función específica. No es necesario un motivo ni una orden. No todos los Reglamentos tienen el mismo rango jerárquico.
- El problema ante la ausencia de una norma : Problema de las lagunas del Derecho.
- Lagunas del Derecho : Distinción de carácter doctrinal : Se puede admitir que una ley tenga lagunas, pero no se puede admitir la existencia de lagunas del Sistema Jurídico. El Sistema Jurídico debe de establecer la solución para el problema planteado. La vía de solución de las lagunas es la llamada *analogía* contenida en el Art. 4.1 del código civil.
- Analogía : se produce un caso y no hay ninguna norma que se le pueda aplicar, por lo que se busca alguna Norma Jurídica que contemple un comportamiento que tenga semejanza con el caso que no está comprendido en ninguna Norma Jurídica el término que utiliza es la *identidad de razón*. La analogía conduce a la creación de una nueva Norma Jurídica cuyo supuesto de hecho va a ser el comportamiento que se produce en la realidad social no comprendido en ninguna norma y la Consecuencia Jurídica sería la de esa norma existente y con la que existe esa identidad de razón. En

Derecho Penal no se da en este caso, por razones de seguridad, el comportamiento debe coincidir con la norma. No se puede dejar a discrecionalidad del Juez, las consecuencias pueden ser muy graves, por eso se prohíbe la analogía en Derecho Penal.

- **La irretroactividad de las Normas Jurídicas :** Impone que la norma no puede ser aplicable a hechos que se han producido antes de que entre en vigor dicha norma, aunque en determinados supuestos hay una aplicación retroactiva. En materia de Derecho Penal una norma no puede ser irretroactiva (Art.2.3 del código civil). Ese principio de irretroactividad se contempla que será irretroactivo cuando sea sancionadora o restrictiva de Derecho y libertades fundamentales (Art. 9.3 Constitución). Cuando la norma es más beneficiosa, si se puede aplicar con efectos retroactivos.

LA APLICACIÓN DEL DERECHO :

Hay que poner en conexión los hechos sociales con las Normas Jurídicas . Hacer que la Norma Jurídica tenga un sentido.

Ha habido dos momentos históricos respecto a la aplicación de las Normas Jurídicas.

Primer momento : La aplicación tiene un carácter poco importante. Se corresponde con la aparición de las primeras codificaciones. La primera configuración de un sistema de Normas Jurídicas. La primera codificación data de 1794, es la codificación Prusiana. La codificación más importante es el *Código Napoleónico* de 1804. En este momento se considera que el Derecho recogido en las codificaciones es un Derecho perfecto, coherente, el legislador ha previsto toda la realidad social (no hay lagunas del Derecho). Los términos que utiliza son claros, lo que supone que sea un Derecho terminado por lo que no necesita de la intervención de ningún otro sujeto. Por lo que el problema de la aplicación es simplemente una fase más dentro de la creación del Derecho, es decir : esa aplicación reviste un carácter mecánico. El Juez tiene que limitarse a encajar el hecho de la vida social dentro de la Norma Jurídica. Dada la norma y el hecho social, lo único que al Juez le corresponde es la aplicación.

Segundo Momento : Se produce a finales del S. XIX hasta nuestros días. Corresponde a otra consideración respecto de la aplicación del Derecho. Momento en que ya se ven cuales son los problemas que conlleva esa codificación (antinomias, lagunas, términos complejos, discordancia entre la realidad social y lo que se plasma en la codificación...) El Derecho ya no es perfectamente elaborado y se piensa que la aplicación no es un momento más de la creación de las normas, sino que es un momento separado y a demás el momento definitivo, el que es realmente importante. La aplicación determina la propia existencia del Derecho. Actualmente nos encontramos con la distinción entre creación y aplicación de las Normas Jurídicas. Y a su vez distinción entre aplicación de las normas e interpretación de las mismas.

Vinculo entre las normas y la realidad social.

Interpretación : Aclarar el significado de una Norma Jurídica que se presente como un problema.

Creación y Aplicación del Derecho.

- **Aplicación del Derecho**

¿Quiénes pueden realizar la aplicación de las Normas Jurídicas ?

La aplicación del Derecho mas importante es la aplicación Judicial del Derecho y a demás de los Jueces y Tribunales hay que considerar que estos solamente intervienen cuando se trata de sancionar, atribuir consecuencias desfavorables, a la realización de una conducta. Si solo aplicasen el Derecho los Jueces y Tribunales para sancionar, estaría considerado como extrajurídico, por lo que hay que descartar que sean estos

los únicos que realizan la aplicación del Derecho.

Los sujetos que pueden intervenir en la aplicación del Derecho pueden ser los particulares (donación, testamento...), las autoridades y órganos administrativos, (en el desempeño también de una función específica, determinada por el Sistema Jurídico), los profesionales del Derecho (abogados que emiten dictámenes, procuradores, notarios, registradores...), los funcionarios encargados de velar por el cumplimiento de la sanción (Jueces). Todo ese amplio marco para la aplicación del Derecho corresponde a los llamados *Operadores Jurídicos*. Como los sujetos son diferentes, la aplicación es también diferente. Ej : en el caso de los particulares se aplica una norma general que puede ser :

- *Derecho Legislativo*
- *Derecho Consuetudinario* (costumbre invocada a los tribunales)
- *Principios Generales del Derecho*.

Respecto de los grupos y autoridades pueden aplicar tanto una norma general, como una norma individual.

Los profesionales del Derecho aplican una norma general, al igual que los Jueces y Tribunales.

El funcionario judicial que entrega la sentencia (el propio funcionario de prisiones) aplica una norma individual, ya que aplica la propia decisión del Juez resultado de una norma general.

- Diferentes teorías sobre la aplicación del Derecho.
- Subsunción de las normas : No va a revestir un carácter teórico ni doctrinal. Numerosas sentencias del Tribunal supremo reproducían esa teoría de la *subsunción*. Esta teoría consiste en el esquema llamado *Silogismo Jurídico* : de ahí surge el llamado *Silogismo Judicial*. En la premisa mayor del silogismo, aparece la Norma Jurídica. La premisa menor vendría determinada por el comportamiento social y la conclusión supondría aplicar la consecuencia prevista en la Norma Jurídica, por tanto uno de los elementos de la premisa mayor, el hecho de la vida social es una aplicación lógica o mecánica. Hay siempre una Norma Jurídica, una solución para un hecho social. No siempre existe una norma directamente aplicable al caso, es decir, en ocasiones se trata de ver dentro del Sistema Jurídico qué normas pueden ser aplicables al caso planteado. Por otra parte en ocasiones habrá que elegir entre los diferentes significados que pueden presentar las Normas Jurídicas. Hay todo un proceso de valoración que realiza el Operador Jurídico por tanto la intervención de un cierto margen de libertad a la hora de aplicar el Derecho (discrecionalidad). Hay dos tipos de límites a la hora de la aplicación del Derecho que tratan de contrarrestar :
 - Limitación de carácter legal : se refiere a que el legislador determina (dentro del Sistema Jurídico) cuales son los criterios de aplicación del Derecho.
 - Limitación ideológica : consiste en la valoración de las Normas Jurídicas y en la introducción de juicios de valor en la aplicación del Derecho.
- Dificultades que surgen a la hora de aplicar las Normas Jurídicas y que hacen inviable la teoría de la subsunción.
- En primer lugar la aplicación de Derecho no responde a esa división en diferentes fases que aparecían en el silogismo jurídico.
- Una segunda dificultad haría referencia a todo el Sistema Jurídico : La resolución de un conflicto social implica en ocasiones tener en cuenta todo el conjunto de normas (no solo una). El problema de las lagunas del Derecho, el de las antinomias y el problema de la redundancia o reiteración normativa, implica tener en consideración todo el sistema.
- Teoría de la individualización : Por parte de la configuración del Sistema Jurídico y dentro de ese sistema hay normas generales y normas individuales : particulariza el caso contemplado en la norma legal. Toda

aplicación de una norma general supone la creación de una norma individual. Hay una labor de creación de una norma individual. Hay una labor de creación y de producción del Derecho. Habría que tener en cuenta las diferentes vías que se pueden dar a la hora de aplicar normas generales y crear normas individuales, siendo *Kelsen* el primero en establecer ese proceso.

- Vías en la individualización del Derecho :
- Vía Jurisdiccional : hace referencia a los distintos sujetos, que aparecen en la aplicación de la norma. En ella nos encontramos con que lo que caracteriza a esa aplicación serían una serie de garantías. La intervención del Juez es neutral siempre independiente respecto a las partes en conflicto. Se produce a través de un proceso prolongado en el tiempo. La decisión se toma después de una discusión pública por parte de quienes están en conflicto justificándose y a su vez el propio Juez o el conjunto de magistrados justifican también su decisión. La aplicación del Derecho en este caso es una aplicación coactiva del Derecho.
- Vía Administrativa : no responde a esas garantías que son necesarias en el proceso judicial. No hay un proceso prolongado en el tiempo, no hay una discusión pública (Ej. multa) y además la administración es una de las partes en conflicto, no es por tanto neutral. Y la decisión es una aplicación sumaria (en el mismo momento, sin obedecer a argumentos o justificación alguna).
- Vía de los particulares : La aplicación pacífica del Derecho. Los particulares utilizando esa libre autonomía de la voluntad aplican una norma de carácter general. No supone esta aplicación un proceso prolongado en el tiempo, tampoco existe un conflicto entre las partes que intervienen (como en los otros casos) y tampoco se produce una argumentación ni una motivación, así como tampoco nos encontramos con una decisión final.
- Teoría que justifica el Derecho como una decisión política : Proceso inverso a los casos anteriores. El planteamiento consiste en considerar que la toma de una decisión judicial obedece no solo a elementos normativos, sino también ideológicos, factores sociales, económicos y de todo tipo, por lo que en este caso, lo que se está haciendo, es tomar **previamente** una decisión que luego se trata de justificar o argumentar.
- Interpretación del Derecho

¿Por qué se produce la interpretación ? No siempre los límites de la Norma Jurídica aparecen claramente definidos. A veces las expresiones lingüísticas tampoco son claras por parte del legislador. En ocasiones porque no se sabe quienes son los destinatarios de las Normas Jurídicas o porque es necesario llevar a cabo una valoración de la propia Norma Jurídica.

Respecto de la interpretación hay que considerar dos momentos históricos :

- Primer momento : para aludir a lo que se está produciendo se utiliza el término de interpretación. Ese momento corresponde a las codificaciones. Nos encontramos con una escuela, la *Escuela de Exégesis* (Francesa, amplia en el tiempo : desde 1804 hasta 1880). Entiende la interpretación como una fidelidad al texto normativo. La interpretación no puede aportarse de la voluntad expresada por el legislador en la Norma Jurídica.
- Segundo momento : responde a la situación en la cual las codificaciones comienzan a presentar una serie de problemas y a eso corresponde otra idea respecto de la interpretación que corresponde con la actual --> *Hermeneutica* [Author:xë%,ã€.l.z l. En este momento se considera que la *Hermeneutica* intentaría averiguar la voluntad no expresamente manifestada por parte del legislador. No hay ningún texto que fuera perfectamente claro, que no requiriese algún tipo de averiguación. A veces a demás la intención del legislador está oculta y hay que aclararla, en el ámbito filosófico a esto se le denomina *Teoría de la Sospecha*. Supondría ir en contra de un principio del Derecho Romano Donde hay claridad no es necesario realizar interpretación. Pero se piensa que no hay ningún texto totalmente claro. Por ello toda aplicación del Derecho necesita de una interpretación, es lo que se llama *Hermeneutica Jurídica*. ¿Por qué es necesario realizar la interpretación de un texto normativo (hermeneutico) ?

- Porque no se trata de averiguar solamente el significado de una palabra, se trata de ver cuál es el estilo lingüístico, el orden, el método, la posición de la palabra en la frase... por lo tanto, todo el contexto donde está situada esa expresión, para determinar qué finalidad se persigue con ese texto.
- Porque el intérprete está trabajando sobre textos que cumplen una función normativa, es decir, prescriben conductas, y al mismo tiempo nos encontramos o se encuentra ese intérprete con hechos sociales que no se corresponden exactamente con la Norma Jurídica. La dificultad consiste en que el intérprete tendrá que conectar la realidad social con la prescripción o con la propia Norma Jurídica. En ocasiones los hechos sociales no responden exactamente a lo que aparece en la Norma Jurídica, en otras ocasiones es al revés, la Norma Jurídica no reúne todos los datos de la realidad social.
- Nos encontramos también con el supuesto de las lagunas ; teniendo que crear una norma para el caso.
- Por último, nos encontramos con lo que se refiere a las expresiones lingüísticas que aparecen en la Norma Jurídica y que hacen referencia a dos tipos de lenguaje :
 - Lenguaje ordinario o común.
 - Lenguaje Técnico.

Habría que ver si existe una discordancia entre esos dos tipos de lenguaje. Puede ser que una palabra no tenga el mismo significado dentro del lenguaje ordinario o en el lenguaje técnico. El criterio general entre lenguaje ordinario y lenguaje técnico es que prevalece el lenguaje técnico (se supone que es un significado especial usado por el legislador). El individuo debe entender lo que dice el legislador adaptándolo a sus propias palabras.

En la interpretación hay que hacer referencia a :

- Hay distintos métodos para interpretar las Normas Jurídicas pero todos deben ser utilizados de forma conjunta. Los límites dentro de los cuales tiene sentido esa interpretación son :
 - Límite de carácter legal : los que se contienen en el propio Sistema Jurídico. (Art. 3.1).
 - Limitaciones institucionales : Implican que cuando el intérprete es el juez, toda decisión judicial puede ser a su vez examinada por un tribunal superior. Estas limitaciones son las que suministra la propia Administración de Justicia.
 - Limites sociales : valores de la propia sociedad a la que se dirige el texto. La interpretación no puede olvidar cuales son los Usos Sociales presentes en un determinado grupo de individuos.

Características de la interpretación

- La interpretación nunca puede suplir la voluntad del legislador, es decir, no puede ser tan amplia para ir en contra de la propia voluntad del legislador, que se supone expresada en el mismo texto.
- El elemento ideológico, arbitrario dentro de los límites que el Sistema Jurídico establece a la hora de la interpretación. En las sentencias en ocasiones aparecen juicios de valor.

Clases de interpretación (Hay que hacer referencia a una distinción clásica entre la teoría objetiva de la interpretación y la teoría subjetiva de la interpretación)

- Tª Objetiva (es la llamada *RATIO LEGIS*): Supone que la doctrina consideraba la existencia de una separación entre la razón de la ley y la voluntad del legislador. La forma de averiguar cual era la razón de la ley era acudir a los términos o expresiones utilizadas en la Norma. Sin embargo, en cuanto a la voluntad del legislador se puede encontrar con otros elementos.
- Tª Subjetiva (es la llamada *VOLUNTAS LEGISLATORI*): Todo lo que nos da la voluntad del legislador refleja la sociedad de la época. Puede ser que exista una separación entre la intención que tuvo el legislador cuando creó la Norma Jurídica y la vida de la propia Norma Jurídica. La Norma Jurídica queda ahí para un momento posterior. La doctrina actual considera que no existe una

separación entre teoría objetiva y teoría subjetiva de tal manera que para averiguar cual es la intención o la voluntad del legislador el primer elemento al que hay que acudir es a la propia Norma Jurídica. Se supone que lo que el legislador ha querido establecer, se corresponde fielmente con los términos o expresiones de la Norma Jurídica. Hay una coincidencia entre la razón de la ley y la voluntad del legislador.

MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

- **Método tradicional de interpretación. Viene formado por los siguientes tipos de interpretación :**

- **Interpretación literal o gramatical (proviene de la *Escuela de Exégesis*):** supone analizar los términos y las expresiones de la propia Norma Jurídica.
- **Interpretación lógica :** La interpretación lógica hace referencia a los principios del cuerpo legal, donde está contenida la Norma Jurídica. Tiene un carácter más concreto que la interpretación sistemática
- **Interpretación Sistemática :** Habrá que considerar cuales son los principios que inspiran todo el Sistema y el Ordenamiento Jurídico.
- **Interpretación Histórica :** Propuesta por la escuela histórica del Derecho (Savigni). Hace referencia a lo que serían todos los precedentes del texto normativo. Han sido anteriores redacciones de esa Norma Jurídica.

Criterios de interpretación (Provienen del Derecho Romano) :

- ***A Simili* :** (Fundamento de la analogía) Aplican una Norma Jurídica a un caso no comprendido dentro de la misma pero con el que existe una identidad de razón.
- ***A Contrario* :** (Fundamento de una aplicación restrictiva. La Norma Jurídica regula de forma exhaustiva una serie de casos, de tal manera que un caso no comprendido dentro de ellos tendrá una regulación completa contraria.
- ***A Fortiori* :** (Por un mayor motivo o por una mayor razón). Se deduce de una Norma Jurídica la garantía de un caso o de un supuesto porque el bien jurídico tienen un carácter más relevante. Estamos ante un bien jurídico que es más importante.
- ***A Coherencia* :** habla de la coherencia del Ordenamiento Jurídico y se puede explicar de dos formas distintas.
- La prohibición de un supuesto de menor importancia implica la prohibición de un supuesto de mayor importancia.. (Ej. : si es posible que en una jaula entren perros, por supuesto será posible que entren leones en esa jaula)
- La comprensión del caso mayor implica la comprensión del caso menor. (Ej. : una venta de acciones con intereses al 20% no hace falta decir que existen intereses de un 10%)

Exigencias (otro nivel de seguridad).

La protección o la garantía de una serie de Derechos y Libertades fundamentales:

Ese tipo de demanda primero empieza siendo una cuestión de carácter doctrinal, pero lo primero es partir de la Rev. Francesa. La declaración más importante es la *Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano* de 1789 que consolida una serie de Derechos y Libertades : Se recoge una primitiva división de poderes, se habla de la soberanía nacional, también de la ley como resultado de la voluntad general, la dignidad de la persona, la libertad de todas sus manifestaciones y se habla también del denominado Derecho de Rebelión o de resistencia cuando se rompe esa voluntad general y también se menciona la necesidad de un texto escrito donde se recogen sus Derechos y libertades. Posterior a la de 1789 son las Constituciones Francesas donde aparecerán algunas referencias a Derechos y Libertades. (1791,1793,1795 Constituciones Francesas). Los únicos textos ingleses son los del S. XVII. En la Europa continental estos serían los primeros textos. Los

siguientes textos, más importantes se van a situar a nivel internacional. Aparece la Declaración Universal de los Derechos y Libertades del Individuo (París 10 – Diciembre – 1948) es una declaración extensa y amplia, donde se recogen todo tipo de Derechos, pero el problema es que este tipo de declaraciones quedan como textos formales ya que lo que importa es la efectividad. A partir de ahí aparecen numerosos textos a nivel más localizado, o a nivel Europeo (no internacional), o a nivel de los países hispanoamericanos:

–A nivel Europeo: El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y libertades fundamentales de 1950. Aparecen los pactos de las Naciones Unidas de 1966 que marcan una separación en dos tipos de Derechos:

–Por un lado Derechos civiles y políticos.

–Por otro lado los Derechos Económicos, sociales y culturales.

Las constituciones, después de la 2ª Guerra Mundial, mantienen un fuerte carácter dogmático y casi todas ellas van a recoger una tabla de Derechos y Libertades con una mayor o menor importancia. (La ley fundamental de Bonn tiene un carácter más específico y se habla en ella del D de resistencia. La constitución soviética (Stalin 1936) es la más amplia en Derechos.

Danilo Castellano (Texto que nos dio la profesora)

Apuntes individuales de cada uno o notas tomadas al margen del texto de Danilo Castellano

Punto 2 De la ideología fuerte al nihilismo :

Hace referencia a una de las dos escuelas Ius Naturalistas (la escuela del Derecho Natural).

La Escuela Europea del Derecho Natural (excluida España) del S. XVI (con la ruptura religiosa dura hasta el S. XVIII) une la teoría del contrato social.

La Escuela Europea del Derecho Natural rompe con la doctrina anterior, la Escolástica.

Parrafo a :

Para La Escuela Europea del Derecho Natural, el problema principal es justificar como nace el Estado y qué requisitos son necesarios para su justificación. La forma más facil es decir que el Estado nace de un contrato social. Lo justifican sitando al individuo en una situación tal en la que el Estado vaya a ser lo mejor, la situación anterior al Estado era el Estado de naturaleza. Hobbes dice que el hombre en este Estado de naturaleza vive el Estado del todos contra todos. Se trata de una situación prejurídica donde no hay ningún tipo de garantía. Es necesario salir del Estado de naturaleza surgiendo la necesidad del contrato social. Este es un paso para la configuración del Estado y es un acuerdo entre los sujetos, acuerdo por el cual nace la sociedad (orden social) y una organización política (el Estado), garantizando la propia existencia que anteriormente el Estado Natural no garantizaba, y como consecuencia del Estado aparece el Derecho. Para Hobbes la vida del sujeto, no es nada frente al Estado ; cualquier acto en contra del Estado supondría volver al Estado Natural. Se habla de artificial cuerpo político, porque nace de una situación ficticia, para justificar lo que viene después, ¿ hay un concepto de bien con anterioridad al Estado?

Grocio es el iniciador de la Escuela Europea del Derecho Natural del S. XVI. Este autor ha sido entendido desde diferentes puntos de vista: para unos es continuador de la Escolástica, para otros es aquel que rompe con la Escolástica porque aunque los temas pueden ser parecidos (tratar del orden internacional) el tratamiento de los temas es distinto.

La Escuela Europea coincide con la aparición del Estado ; esto va a dar lugar al tipo de formas que se analicen ; todos los autores pretenden justificar la aparición y fortalecimiento del Estado.

*El problema del Derecho natural va a ser un instrumento para poder justificar el Estado, anteriormente era al revés. Los autores a parte de Grocio tenían características comunes (Hobbes, Rousseau, Escuela Carmenalista alemana, **Kant**). El tema común es el contrato social.*

Apdo. A :

Se parte de la teoría contractualista para definir el concepto de bien que establece el Estado : en el contrato social todos los autores parten del Estado de naturaleza (situación mala, situación en la que el individuo se rige por instintos naturales. El Estado de Naturaleza se puede denominar como la existencia natural de un respeto entre los individuos pero que no es obligado, por lo que en cualquier momento puede cambiar (Spinoza). Para Hobbes, sería la guerra de todos contra todos ; esto se produce para proteger su propia vida y la de los individuos cercanos procurando bienes para sobrevivir. Es necesario salir de esa actuación a través del contrato social, que tiene dos momentos :

- *El Pacto de Unión : es un acuerdo entre todos los sujetos para pactar condiciones que aseguren su existencia ; para construir un orden social.*
- *El pacto de Sumisión o Subordinación : es el establecimiento del Estado y del Derecho, con dos condiciones : por un lado que el gobernante debe asegurar y preservar la existencia de la sociedad y de los individuos que la forman y a su vez la sociedad acepta las decisiones del gobernante.*

A partir de ese momento se considera un determinado tipo de organización y toda la teoría del contrato social va a estar de retirada a la justificación del Estado. No hay un concepto de Bien Común con anterioridad al contrato social ni al Estado. A partir del Estado aparece el concepto de Bien Público, el bien de la organización política. En el momento de la aparición del Estado, aparece el concepto de bien público.

Apdo B

El bien público no puede identificarse con el bien común, de la comunidad y en casi todos los autores la característica es la anulación del individuo por parte del Estado. Lo que se toma en consideración no es al individuo en cuanto tal, sino que se tiene en cuenta al ciudadano en cuanto se ha sometido a la organización política. Actualmente se denomina ideología fuerte a cualquier expresión de signo totalitario de un Estado fuerte y absoluto.

Apdo C

En el interior del Estado se está considerando la idea de la unidad del ordenamiento jurídico en el sentido de que es el Estado el único tipo de organización con capacidad de crear Normas Jurídicas o para reconocer la existencia de Normas Jurídicas. En el exterior del ordenamiento jurídico nos encontramos con que los Estados más fuertes se imponen a los demás.

Apdo D

El objetivo básico de ese concepto de Estado es la conservación del propio Estado (Kelsen), es el único bien público, el único objetivo. El Estado atribuye igualdades y libertades formales : igualdad numérica.

Apdo E

Se hace referencia a la configuración del Estado Moderno que puede determinar la eliminación de las instancias o cuerpos intermedios entre el individuo y el propio Estado, autores que mantienen una doctrina

contractualista principal :

El alemán Klient : su obra gira en torno al Estado y criterios de legitimidad del Estado. Habla de dos clases de contrato social respecto de la configuración del Estado :

–Un contrato social expreso : aquel en el que los sujetos van prestando su consentimiento en diversos procesos al ordenamiento jurídico (referéndum)

es decir, manifestar su voluntad respecto a la forma de Estado,(cada 4 años), estando así justificado el Estado.

–Contrato Social Tácito : más difícil de justificar. Sería cuando se presume la voluntad por parte de la colectividad en el sentido de la permanencia del sujeto o comunidad dentro del marco territorial del Estado. Por el hecho de vivir dentro del marco territorial del Estado, tu estás asintiendo la voluntad de ese Estado.

Otro autor (Rowls Teoría de la justicia) establece en su obra una serie de categorías ; hablando de lo que denomina Posición Originaria, refiriéndose así al Estado de naturaleza de la Escuela Europea. Los individuos viven en una posición originaria donde no hay Derechos ni Libertades porque no hay Derecho que lo garantice : no hay deberes ni obligaciones y hay que salir de esa situación a través del contrato social. Pero ese contrato social donde existe ese acuerdo de voluntades obliga no solo a los que han pactado e intervenido dentro del mismo, sino también a las generaciones futuras. No es necesario renovar continuamente el contrato social. Siempre que a su vez el Estado mantenga la condición básica y que en lo que lleva a salir de la posición originaria y esto es La protección del Individuo. Aparece así una cierta limitación respecto del Estado.

El Estado moderno anula las instancias intermedias, interviniendo en todos los aspectos de la vida del sujeto ; nada se puede producir al margen del Estado. Vallet tiene una doctrina sobre los cuerpos intermedios y cómo la configuración del Estado Moderno anula esas instancias intermedias.

Apdo F

Después de la 2ª G.M (crisis de la ideología política fuerte), se produce un cambio dentro del mismo punto de vista substitutivo del Bien Común. Consiste en conceder total importancia al individuo, que sea éste el que determine cuál es el Bien (frente al estatismo un individualismo exagerado). Lo que el individuo pretende es una libertad en todo aquello que no esté contemplado por las leyes. Esto es el individualismo más radical porque siempre se habla de Derechos pero no de Obligaciones. Esto tendrá una perspectiva económica con Hayek (formulador del liberalismo en el plano económico). Se supone que el individuo tiene capacidad para determinar sus fines sin intervenir el Estado, la libertad individual es una libertad económica y de la libertad individual, nacen fines individuales. Aquí tampoco existe un conflicto ordenado ; el Estado no puede establecer una jerarquía de los fines individuales porque no hay fines comunes. Desembocando así en el nihilismo no hay así concepción del Bien Común desde el punto de vista de la finalidad.

4.–Orden y bien común.

Habla de la necesidad de definir positivamente la naturaleza del poder.

Planteamiento aristotélico : El individuo nace formando parte de un Grupo Social determinado que va ampliándose en Grupos Sociales más amplios. Por lo que el Estado sería una culminación natural de esa sociabilidad del sujeto. La naturaleza del poder nace de esa idea de sociedad (se justifica por la sociabilidad natural del sujeto).

(pág. 739 del texto de Danilo Castellano) va a relacionar el concepto de Justicia con el Estado y el Estado

entendido a su vez como una comunidad política, relacionando el Estado con la justicia y el concepto de Bien Común.

Tema IV

Concepto del Derecho Natural

1.-Concepto del Derecho Natural y antecedentes de este término

Lo primero que hay que señalar es la dificultad de señalar un concepto unívoco de Derecho Natural, y a demás el Derecho Natural ha sido utilizado como una justificación o como crítica respecto del Derecho positivo. Existencia de una reflexión sobre Derecho Natural desde la primera filosofía Griega (los presocráticos y filosofías anteriores a los sofistas) reflexionando sobre el principio del universo (el arjé). En esta Filosofía Griega nos encontramos con una reflexión sobre la idea de un orden universal y cronológico ; el orden que rige todo lo creado y también sobre la existencia de un arjé que explica el origen de ese orden universal. De esa reflexión, orden lógico y racional, ellos deducen la existencia de un orden social como si se tratara de un paralelismo entre todos los autores. Precisamente por la existencia de un orden, se establece una separación entre civilización y barbarie (aquel que no participa en un orden social). En el orden social existe un Derecho ; hay reglas de conducta y de actuación que determinan el curso de esas relaciones sociales, nos encontramos con que el Derecho puede ser objeto de un determinado análisis (no acepta el Derecho en cuanto tal) analizando el por qué del Derecho , cómo surge este, qué sentido tiene y qué condiciones y límites deben establecerse para el Derecho. A demás los autores desde esa primera filosofía hablan de leyes y principios naturales, es decir, aquello que forma parte de la naturaleza del sujeto, independientemente del gobernante, del sujeto puede surgir de forma espontanea una determinada conducta, sin necesidad de coacción. Hay por lo tanto una reflexión sobre leyes y principios que deben constituir la base de la cual nacen las **leyes positivas**. El gobernante no puede mandar nada que vaya en contra de la naturaleza del sujeto.

En Grecia no existe el término Derecho Natural, existe sólo la reflexión, pero no el término en sí.

En la filosofía Romana existe un tipo de reflexión similar. En el momento en el que la Filosofía Griega se introduce en Roma nos vamos a encontrar con categorías que son comunes (en Roma se introducen sobre todo escuelas menores como el estoicismo, epicureísmo, hedonismo... y algunas mayores).

Aparecen dos expresiones que también existían con anterioridad :

- Rerum Natura : hace referencia a la naturaleza de las cosas y a la idea de un orden universal, lo mismo que los griegos habían mencionado ; *todo obra de forma mecánica*.
- Natura Rex : es la naturaleza de la cosa en cuanto tal. Dentro del orden universal cada objeto se determina por una naturaleza concreta y determinada. El criterio de unidad admite dentro de sí la pluralidad y eso supone también la naturaleza de la persona. Esa naturaleza es racional. De ahí la posibilidad de determinar la naturaleza del individuo ; puede establecer una elección y es también igual a todos los sujetos. Por lo tanto, nos encontramos también con principios y leyes naturales que determinan la actuación del hombre y que suponen una participación del sujeto dentro del orden universal.

La expresión Derecho Natural (Ius Nature) como término aparece en Cicerón ; tal vez porque es tanto jurista romano (dos veces cónsul) como un autor que recibe la influencia de todo el tipo de Filosofía Griega (estoicismo, neoplatonismo...). La expresión Derecho Natural aparece en su obra más importante (Las Leyes) donde se habla de dos tipos de leyes :

- Leyes naturales : forman parte de la naturaleza del sujeto y tienen un sentido de vinculación. No hay oposición entre ambas y todo formaría parte de la existencia de un orden universal. Hay una

justificación racional de Derecho.

- Leyes Positivas : dictadas para la comunidad social por el gobernante.

En Cicerón sólo se recogen ideas de la Filosofía Griega, pero que tenían en la jurisprudencia Romana. A partir de que el término fuera utilizado por Cicerón se generaliza y es aceptado por todos e incluye, dentro de la misma, todo es conjunto temático ; existe una confusión desde el primer momento entre la ciencia del Derecho Natural y el propio objeto de investigación.

La multiplicidad de tendencias Ius Naturalistas :

La dificultad no va a estar en establecer una separación entre el concepto del Derecho Natural y las tendencias o doctrinas que hablan o se refieren a ese Derecho Natural. Dentro de esa variedad de tendencias hay que mencionar que no todas las doctrinas van a mantener la misma visión ; es decir ; bajo la expresión Ius Naturalismo nos encontraremos con numerosas escuelas distintas. Hay que establecer distinción entre Derecho Natural y lo que significa Derecho Natural para los distintos autores.

Otro tipo de dificultad sería la ambigüedad del término naturaleza, es decir, esta expresión no tiene el mismo significado para todos y el decir que hay principios o tendencias naturales que nacen en el sujeto, no se explicará de igual manera por parte de todas las doctrinas. En el momento actual el problema del Derecho Natural ha sido utilizado precisamente en su sentido inicial (de la Filosofía Griega), es decir, desde el punto de vista de reflexionar sobre qué es el Derecho y cuáles son los fines y las funciones del Derecho. Suponen por tanto la valoración del Derecho Positivo por parte del jurista que no sea la mera conformidad a las normas establecidas. Sigue incluyendo todavía ese conjunto temático en el que aparecían no sólo cuestiones jurídicas (referidas al Derecho en cuanto tal) sino también cuestiones políticas, es decir, el Derecho Natural aparece todavía como un tema no sólo jurídico sino también político y por eso en una disciplina que admite un tratamiento distinto por parte de los diferentes autores.

2.-Relaciones entre el Derecho Natural y la filosofía del Derecho

- Relación Histórica

Casi todos los autores dentro de la doctrina española mantienen que hay una línea de separación dentro de la Historia del pensamiento jurídico entre lo que se produjo en España y lo que se produjo en Europa a propósito del Derecho Natural.

La disciplina denominada Derecho Natural sí existe en las universidades Europeas bajo el nombre de Derecho Natural y de Gentes. En España la asignatura Derecho Natural aparece tardíamente a finales del S. XVIII. Primeramente dentro de los Estudios de Bachillerato y después a comienzos del siglo pasado dentro de la carrera de leyes. Durante todo el S. XIX la asignatura aparece y desaparece de los planes de estudio ; no llega a integrarse definitivamente dentro de esa carrera de leyes hasta finales del siglo pasado (más o menos 1880).

Lo que explica ese diferente planteamiento, esa línea de separación entre lo que ocurre en España y en el resto de Europa, son unos factores históricos (en Europa)

- Ruptura de la unidad religiosa en el S. XVI.
- Separación entre Derecho y Moral, ya que la Moral de la época es religiosa.(S.XVII y XVIII).
- Carácter absoluto atribuido al Derecho Positivo recogido en las codificaciones que aparecen a fines del S. XVIII y comienzos del XIX (1794)

Pensamiento Jurídico antes de la aparición del primer factor histórico.

A partir del momento de la irrupción del cristianismo no nos encontramos con que toda reflexión sobre el Derecho forma parte de una visión teológica. El Derecho forma parte de algo más amplio. Se engloba en la existencia de un orden universal, que es el orden de la creación dentro del que tiene sentido la naturaleza de la persona. Las diferentes tendencias Ius Naturalistas parten de esa concepción, la cristiana. De este modo analizan el problema del Derecho a partir de una triple clarificación de leyes que serán :

Ley Eterna

Ley Natural

Ley Positiva

y el problema de la justicia a través de la distinción entre :

Justicia Natural

Justicia Positiva

De estas dos cuestiones deriva todo es conjunto temático amplio que se encontraba bajo el término Derecho Natural.

Respecto la triple clasificación de las Leyes :

La escolástica respecto a esto se divide en dos planteamientos tomando como punto de partida los tres tipos de leyes:

Escuela voluntarista (Ockam)

Escuela Racionalista (sto. Tomás)

Las dos escuelas toman en su núcleo sobre la clasificación del Derecho esas tres leyes. En el planteamiento **RACIONALISTA** lo importante es la visión teológica. En la perspectiva **VOLUNTARISTA** que no desconoce esa visión racionalista ; para ellos lo importante es hablar del poder del imperio, de ahí nacerá el principio que justifica las monarquías absolutas y es el precedente más inmediato para la obra de Hobbes (Leviathan).

- La Escolástica Racionalista: Partía de la Ley Eterna (establecida por Dios que coincide con el orden de la creación). Se trata de una ley de carácter inmutable (Dios no puede contradecirse). El segundo tipo de ley está subordinada a la anterior, es la Ley Natural de la que arranca el Derecho Natural. Es la Naturaleza del sujeto, principios o tendencias naturalistas que se encontraban en el individuo. De la ley natural es de donde nace el Derecho. De la Naturaleza del sujeto surgen una serie de Derechos que hay que proteger ; hay también una sociabilidad natural entre los individuos. La Ley Positiva tiene sentido dentro del ámbito de esa comunidad política. Es una ley subordinada a las otras dos leyes

El Derecho no es orden sin la justicia.

Los ideólogos (según Napoleón) critican al titular del Derecho Subjetivo (Napoleón), no a sus leyes (Derecho Objetivo).

El desconocimiento de la Norma no exime de su cumplimiento

Como norma general, si en la publicación de la Norma Jurídica no se especifica la duración de la Vacatio

Legis, esta será de 20 días

la Moral es subjetiva. La Ética es Objetiva.

Moral= Unilateral (mi Moral) Derecho=Bilateral (El Derecho)

La Moral al ser subjetiva, me la impongo yo y yo decido mi Moral, mis normas de conducta.

La Moral del Individuo depende siempre del Derecho, de las normas existentes. Es el individuo el que por medio de su Moral está más o menos de acuerdo con las normas, pero las tiene que aceptar y cumplir.

Aunque parece que este punto está incompleto, lo que pasa es que hay que deducirlo por nuestra cuenta comparando los usos sociales con la Moral.

no supone que todos los elementos de la conducta social son iguales al supuesto de hecho. El bien jurídico que se trata de proteger es un bien jurídico similar

Premisa1 : Norma Jurídica Premisa2 : Comportamiento Social

Conclusión : Aplicación de la consecuencia prevista en la Norma Jurídica.

Redundancia : el legislador ha legislado de forma excesiva sobre la materia. ¿Por qué los términos del legislador se interpretan contradictoriamente ?

- Las expresiones lingüísticas que han sido establecidas por el legislador en la Norma Jurídica. No siempre hay una claridad en el lenguaje que utiliza el legislador. El problema del criterio que debe ser utilizado a la hora de aplicar las Normas Jurídicas. Variación de la realidad social : En ocasiones una cosa es lo que ha previsto el legislador y otra cosa es la aplicación de esa norma por el operador jurídico. Dentro de ese problema están lo que serían las lagunas del Derecho.

Interpretación que trabaja sobre términos.

Discusiones dentro de las diferentes comisiones a través de las cuales se ha elaborado la Norma Jurídica (exposición de motivos de la Norma Jurídica (considera necesaria la creación de tal Norma Jurídica dando una serie de motivos.))

Si llega un gobernante al poder que impone una serie de Derechos y Libertades cabe el D de resistencia.

Texto Danilo Castellano que nos dio la profesora

situación ficticia donde existe un problema ; no hay un orden social ni tampoco Derecho.

Kliemt se basa en el planteamiento socrático. *El individuo por vivir dentro de la polis otorga su consentimiento a las leyes emanadas del mismo*

caos, destrucción del hombre social en cuanto tal...

desde el S. XVI integrada en la carrera de leyes