

-PRELIMINARES: La organización de los saberes ha de articularse según **2 criterios de inteligibilidad:**

- **Todo saber propio de una cosa es un comportamiento humano que compromete la responsabilidad de quien lo ejerce.**
 - Los aspectos teóricos NO son separables de los éticos (aunque desde el punto de vista del conocimiento puedan deslindarse). Por ejemplo, un genocidio puede ser teóricamente la solución más racional y la más eficaz para un problema de superpoblación, pero es perverso desde el punto de vista ético.
- **Todo saber se refiere a una realidad u objeto**, NO pudiendo reducirse al método empleado para conocer esa realidad (que sería sólo el instrumento).

-PLANOS DEL DISCURSO: Hay 3 distintos saberes:

- **Ontológico o metafísico:** es el que se pregunta por lo que es una determinada cosa o ciencia.
 - Lo específico de este saber está en que se pregunta por el SER de las cosas. En nuestro caso la cosa jurídica).
 - NO abarca el problema o la definición de forma particular, sino de forma UNIVERSAL, es decir, por lo que es la cosa en tanto que es.
 - Su FIN es COMPRENDER TODOS SUS ASPECTOS, sin tener que deducir ninguno de ellos.
 - Por ello, la pregunta ontológica es la más radical, pues implica todos los aspectos o modos de la cosa a analizar, siempre y cuando éstos puedan ser dichos en el lenguaje.
 - La pregunta metafísica nos conducirá necesariamente a 2 cuestiones: una lógica y otra epistemológica.
- **Lógico:** sirve para articular conceptual y lingüísticamente el saber metafísico con el fin de poder dar una respuesta efectiva a las cuestiones que nos plantea.
 - El saber lógico sirve para CONFRONTAR argumentos y DEDUCIR otros.
- **Epistemológico (episteme = conocimiento + logos):** es la rama de la filosofía cuyo objeto es el estudio del conocimiento, de ahí que en muchas ocasiones se denomine teoría del conocimiento. Se ocupa de:
 - De los problemas como las circunstancias históricas, psicológicas y sociológicas que llevan a la obtención del conocimiento.
 - De los criterios por los cuales se lo justifica o invalida un argumento.
 - De las definiciones de los conceptos de las distintas disciplinas o materias del conocimiento, como la definición de la verdad, de la objetividad, de la realidad o de la justificación.
 - Da lugar a diferentes PERSPECTIVAS sobre un mismo tema (o "escuelas").

-LOS PLANOS DEL DISCURSO DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA:

- **Ontológico o metafísico:** debe preguntarse por el ser del Derecho, NO por un aspecto u otro del mismo, sino por la totalidad de esta ciencia, por su NATURALEZA o ser:
 - ¿El derecho tiene un aspecto normativo? ¿En qué consiste?
 - ¿Cuál es su aspecto más relevante? ¿El hecho social? ¿Cuáles son sus manifestaciones?
 - ¿Cuáles son sus principios? ¿Se reduce a un plano moral? ¿Cuáles son sus fines?
- **Lógico:** para responder a la pregunta anterior necesitamos del lenguaje, pues sólo por medio del lenguaje podemos decir lo que es el derecho.
- **Crítico o Epistemológico:** toda definición sobre la naturaleza de lo jurídico que aportemos mediante el lenguaje incluirá las definiciones de los diferentes aspectos que lo comprenden desde distintas perspectivas:
 - 1) La perspectiva **normativa**.
 - 2) La perspectiva **sociológica**.
 - 3) La perspectiva **axiológica**.
 - Por tanto, la primera pregunta consiste en saber lo que es el derecho, tratar de definirlo. Ahora bien, ¿cabe una definición de lo que sea el derecho?
 - ¿Esta definición puede ser absoluta (única definición)?
 - Si es así, ¿será independiente a otras disciplinas?
 - Sin embargo, el derecho implica siempre una relación entre seres o cosas. Por tanto, **este carácter relacional** impide su consideración como algo absolutamente único e independiente de lo demás y, por tanto, susceptible de ser definido en sentido propio.
 - Por esta cuestión existen distintas escuelas de pensamiento:
 - **Normativista:** Solemos decir que el derecho es propiamente una norma o un conjunto de normas jurídicas, es decir, su NATURALEZA es NORMATIVA. El resto de aspectos jurídicos son tan sólo accidentes de esta consideración esencial.
 - **Positivistas:** para los positivistas la naturaleza propia del ser jurídico es la de un HECHO SOCIAL y, por tanto, el resto de determinaciones de lo jurídico deberían supeditarse a ésta.
 - **Ius Naturalistas:** alguien formado en esta escuela estimaría que el derecho es esencialmente un PRODUCTO de la NATURALEZA HUMANA, conformado por un principio MORAL.
 - Todas estas concepciones son ciertas en la medida que se rigen por unos argumentos lógicos. El problema es si la certeza de cada una de ellas es exclusiva o incompatible con la de las demás. ¿Cabe primar el plano ontológico sobre el epistemológico? Evidentemente, NO.

-¿CABE PRIMAR UN PLANO DEL DISCURSO JURÍDICO SOBRE TODOS LOS DEMÁS?: Existen diferentes escuelas de pensamiento según a qué argumento lógico le demos una mayor importancia (Norma / Hecho Social / Valor Moral). Al elegir una de ellas, estamos tomando las otras dos como elemento accesorio.

- **¿Cuáles de estas lógicas o perspectivas elegir? ¿Cuál prima sobre las demás?**
- **La Tesis de Reale:** para Reale el Derecho es la suma de sus lógicas materiales o perspectivas epistemológicas.
 - Si es así, plantea otro problema, que es que su tesis NO da respuesta a la pregunta metafísica sobre el Derecho.
 - Sumar equivale a AÑADIR y, por tanto, NO es más que un accidente y NUNCA una sustancia del “algo” primario.
 - Si la sustancia es el objeto del saber ontológico o metafísico, la suma de varios “algos” (adición de accidentes) NO constituye su esencia.

-LÓGICA UNÍVOCA y ANALÓGICA: nos permite articular mediante el lenguaje el ser de las cosas.

- El Derecho implica siempre una relación entre cosas, por lo tanto, al NO poder abstraerse de las otras cosas, NO puede ser una cosa singular.
- Si NO puede ser definido es porque NO admite un único sentido. Es decir, debe admitir varios sentidos. Esa lógica puede ser:
 - **Unívoca:** articula el ser con arreglo a un único sentido.
 - **Analógica:** admite varios sentidos de un mismo ser.
- La lógica es el saber que articula nuestro discurso sobre lo que sea algo a partir de los sentidos de ese algo, por lo que no podrá articularse el saber ontológico del Derecho según una lógica unívoca, sino en razón de una lógica analógica.
- Por tanto, cada definición de derecho (norma, hecho social o principio moral) será propiamente derecho desde su perspectiva epistemológica concreta (no sin más, ni excluyendo a las demás). En resumen:
 - El ser del derecho (plano ontológico) es ÚNICO, pero sólo puede ser conocido a través de sus diversos sentidos (perspectivas y planos epistemológicos).
 - El plano lógico es el instrumento que nos permite articular el ser único del derecho con la diversidad de sentidos en la que se puede decir o conocer.
- Esta distinción nos evita una:
 - **Reducción de tipo ontológico:** la reducción de los diversos sentidos en que puede ser dicho el derecho a un primer y único sentido, anterior a ellos (y que no puede ser dicho de ninguna manera).
 - **Reducción de tipo epistemológico o crítico:** la reducción del ser real del derecho a uno de sus sentidos o decires.
 - **Reducción de tipo lógico:** la reducción del ser real del derecho a la suma de todos los sentidos que podemos atribuirle.

-REDUCCIONES DE TIPO LÓGICO, ONTOLÓGICO Y CRÍTICO: Hasta ahora se ha distinguido 2 planos del saber: el ontológico o metafísico y el epistemológico o crítico.

- El **plano ontológico** se pregunta por lo qué es el Derecho y NO por un aspecto particular de éste (tiene por objeto el ser real). Por su parte, **el plano crítico o epistemológico** se plantea cómo puede ser conocido el Derecho y bajo qué criterios lo conocemos y decimos.
- Pos su parte, **el plano lógico** permite articular los 2 anteriores.
- La confusión entre diversos planos ha supuesto reducciones y superposiciones:
 - 1) **Del Ontológico al epistemológico:** esta reducción en fruto de considerar que el Derecho es realmente uno, aunque epistemológicamente sea múltiple. A pesar de ello, el plano ontológico y el plano epistemológico presentan similitudes y diferencias:
 - En ambos planos el Derecho es materialmente el mismo (la materia del Derecho viene dada siempre por una relación entre 2 elementos, sean personas, bienes o derechos).
 - Se diferencian en sus objetos respectivos:
 - El plano ontológico tiene por objeto el ser real (o forma real del Derecho).
 - Para el plano epistemológico, la forma de su objeto NO será la del ser real, sino la del ser conocido y, por tanto, una forma conceptual. Aunque ésta se fundamenta en la real, variará en función del criterio epistemológico.
 - Para Normativistas, la relación vendrá dada por la Ley.
 - Para los lusnaturalistas, la forma de la relación vendrá dada por su adecuación a un principio moral extraído de la naturaleza humana.
 - Para los Positivistas, por el hecho social (perspectiva sociológica).
 - 2) **Del Epistemológico-lógico al Ontológico):** Esta reducción se ha producido como consecuencia de la separación entre el aspecto ontológico y el epistemológico, como si fueran dos realidades distintas.
 - Estas teorías de tipo ontológico entienden del Derecho como si fuera una pretendida realidad anterior, pura y separada de sus diversos decires o sentidos.
 - Sin embargo, esta teoría tendrá que atribuir algún sentido determinado a esa presunta realidad si, al menos, quiere decir algo de ella.
 - 3) **Reducción de las distintas perspectivas (vía intermedia):** Ha existido una vía intermedia con mucho éxito entre la doctrina contemporánea que admite que, efectivamente, la realidad del Derecho es sólo una, aunque su perspectiva epistemológica sea diversa.
 - Por tanto, al considerar el término bajo diversos sentidos, lo entienden como un término análogo y generalmente se acentúa que el sentido NORMATIVO es el principal de todos ellos.
 - Este análisis implica una nueva reducción y una creación de diversos planos epistemológicos.

-CONCEPTO DE CIENCIA: NO es lo mismo hablar desde el conocimiento científico (plano del científico) que sobre el conocimiento científico (plano del filósofo).

- La ciencia NO tiene por misión reflexionar sobre sus propios fundamentos.
- En cambio, la filosofía sí lo hace porque su objeto NO es particular, sino UNIVERSAL, es decir, comprende todos los objetos particulares y todos los conocimientos sobre esos objetos.
- Así pues, la EPISTEMOLOGÍA es la filosofía del conocimiento científico. Ahora bien, los conceptos ciencia, conocimiento científico o método científico resultan equívocos. Es por ello por lo que han sido formulados de muy diversas maneras y en función de ideologías muy distintas.
- Gustavo Bueno ofrece la siguiente clasificación:

• **1) Ciencia como saber hacer:** es el arte o técnica especial para la resolución de problemas prácticos.

- **Caso:** sería la ciencia practicada por el abogado, el artesano, el médico...
- **Criterio:** la utilidad más inmediata es la resolución de problemas prácticos.

• **2) Ciencia como sistema de proposiciones derivadas de principios:** un intento de derivar unos conocimientos de otros y vincular todos ellos en torno a postulados comunes.

- **Caso:** sería el caso del filósofo o el teólogo (en sentido de Edad Antigua).
- **Criterio:** vincular todos los conocimientos en torno a postulados.

• **3) Ciencia en sentido moderno (sentido propio):** aplicación del modelo experimental, con una base matemática, a todos los campos del conocimiento.

- **Caso:** es el caso de la ciencia experimental (Física, Química, Biología...). El caso más representativo serían los científicos de laboratorio y para Derecho la concepción de ciencia defendida por la dogmática jurídica alemana (s. XIX).
- **Criterio:** aplicación del modelo experimental con una base matemática a todos los campos del conocimiento.

• **4) Ciencia en sentido contemporáneo (sentido impropio):** resultado de las clasificaciones académico-administrativas que han parcelado el conocimiento en función de necesidades organizativas impuestas por el Estado.

- **Caso:** serían los profesionales de comunicación, los sociólogos, etc.
- La enumeración de Bueno demuestra que hay varios modos de decir el término ciencia. Todos ellos tienen tras de sí un modelo epistemológico.
- Las 4 acepciones anteriores son susceptibles de ser consideradas, en mayor o menor medida, como ciencias. No obstante, la 3ª acepción es la que ha condicionado todo el pensamiento contemporáneo desde Kant (excluyéndose a las ciencias humanas).

-CONCEPTO DE "CIENCIA JURÍDICA O DEL DERECHO": este concepto es muy problemático ya que hay un número amplio de ciencias que tiene por objeto el conocimiento y estudio de lo jurídico (p. e. Historia del Derecho, teoría del Derecho, dogmática jurídica, etc). **¿Hay pues una "ciencia jurídica"?**

A) En la historia de la "ciencia jurídica" encontramos formulaciones muy diversas de lo que puede entenderse por ella, sin salir de la clasificación de G. Bueno:

- **Jurisprudencia romana:** es expresión de la 1º sentido (resolución problemas).
- **Concepción del Derecho propia del iusnaturalismo racionalista moderno:** constituye una clara muestra del 2º sentido de la clasificación de Bueno (conjunto de deducciones a partir de un principio NO sometible a discusión).
- **Concepción de "ciencia del Derecho" defendida por la dogmática jurídica alemana del siglo XIX:** puede asimilarse al 3º de los sentidos. Pretende extraer los conceptos de las normas jurídicas del mismo modo en que la biología lo hace con los organismos vivos. Por ejemplo, Kelsen intentó realizar una ciencia jurídica cuyo patrón metodológico proviniese de las ciencias naturales.
 - **Problema:** los modelos metodológicos de las ciencias físico-naturales no son aplicables a las llamadas "ciencias" humanas, que recaen sobre objetos muy diferentes.
- **"Ciencia" jurídica ideológico-administrativa:** subyace una concepción de "ciencia" jurídica que el Prof. Bueno llama ideológico-administrativa (conocimientos impartidos en el ámbito académico de las facultades de Derecho).

B) Podemos reducir todas las versiones de la expresión "ciencia del Derecho" a las 3 siguientes:

1. **Subordinación del ser real del Derecho al modo (científico) de conocerlo:** es una reducción de tipo epistemológico, que ha reducido la complejidad de lo jurídico a su carácter normativo para asemejarlo al modelo metodológico de las ciencias naturales [reduciendo la complejidad de lo jurídico (aspectos normativos, axiológicos, fácticos o fenoménicos) y su carácter normativo (Derecho comparado, parte general, dogmáticas específicas: civil, penal...)].
2. **Subordinación del modo de conocer el Derecho a su ser real** (inversa a la anterior): es una reducción de tipo ontológico, que concibe el derecho como algo dado y anterior (concepciones existencialistas, sociologistas, etc.), al margen de los diversos criterios epistemológicos. Desde esta perspectiva, se contempla el cientificismo como una pretensión de anular la realidad jurídica.
3. **Distinción entre el plano ontológico (real) y epistemológico (conocido), cada uno en su orden propio:** se considera al derecho como un objeto complejo que puede ser conocido desde diversos criterios epistemológicos (sin primar uno sobre el resto, pues cada uno dice algo del derecho en su orden propio). Desde esta consideración, la ciencia positivista normativa del derecho sería una perspectiva epistemológica más (p. e. cabe una ciencia sociológica del derecho, pero la cientificidad del derecho no se agota en ella.)

-POSITIVISMO JURÍDICO: el positivismo se impone en Occidente como tendencia intelectual a partir del siglo XIX, teniendo su máximo apogeo hasta la primera mitad del siglo XX.

- Los creadores de esta filosofía son: Saint-Simon, Auguste Comte, y John Stuart Mill.
- Tiene su origen epistemológico en las modernas ciencias físicas o naturales.
- Desde este modelo, se piensa que el auténtico saber científico es aquel que se fundamenta en los HECHOS o lo empíricamente constatable. Esta doctrina considera susceptibles de conocimiento sólo a los hechos físicos.
- Se niega cualquier tipo de planteamiento metafísico frente a lo físico.
- **Los hechos:** en el ámbito de lo jurídico este modelo dominó durante más de un siglo. Se tradujo en una determinada concepción epistemológica que conllevara el rechazo y abandono de toda discusión sobre un supuesto derecho natural y dedicaba su atención al derecho positivo vigente y al derecho comparado.
- **Demandas sociales:** las nuevas demandas sociales exigían un mayor número de cambios jurídicos para atenderlas. La mutabilidad del derecho se convirtió en una regla y una exigencia general frente a la mentalidad iusnaturalista anterior, que veía en éste un producto estable e inmutable.
- **La burguesía:** La burguesía, clase social muy consolidada y temerosa de la tradición anterior, forjó una mentalidad que concedía prioridad a lo singular y concreto, a lo presente e inmediato, para legitimar sus posiciones de poder. Este fue el caldo de cultivo de la aparición del positivismo jurídico, cuyas primeras expresiones fueron:
 - 1) La creación de la escuela de la Exégesis (Francia), cuyo objeto de estudio y veneración era el Código Napoleónico.
 - 2) La escuela histórica alemana: explicaba el derecho como una manifestación peculiar de cada pueblo.
 - 3) La jurisprudencia analítica británica: su objeto de estudio eran los mandatos singulares del soberano expresados en el derecho positivo vigente.
- Todos ellos abandonaron la preocupación del derecho NATURAL para centrar sus estudios en el DERECHO POSITIVO vigente en cada Estado, con el fin de construir sobre él una auténtica "ciencia del Derecho".

-EMPIRISMO LÓGICO (1/3 del siglo XX): Posteriormente, esta escuela de pensamiento se hizo más compleja adoptando las posiciones del llamado empirismo lógico, propio de los positivistas radicales del Círculo de Viena.

- En esta versión (empirismo lógico), el lenguaje de la ciencia se entendía como un LENGUAJE IDEAL, de estructura casi matemática (cada palabra corresponde a una cosa).
- El empirismo lógico efectuaba una REDUCCIÓN de tipo lógico.
- Se pensaba que existía una realidad era ABSOLUTA.
- Estas características influyen al contenido de tipo formal: ahora se busca el afán de SEGURIDAD en el discurso construido sobre procedimientos lógico-formales y la CONFIANZA en la posibilidad de eliminar todo saber ontológico (que condicionaba el planteamiento del problema del lenguaje en la filosofía contemporánea de matriz lógica).
- Por ejemplo, tenemos a **Kelsen y su teoría pura del Derecho**.

- Este modelo positivista de ciencia se concreta en los siguientes postulados metodológicos:
 - 1) **Observación de los hechos con vistas a su captación sensible:** la experiencia como vía para determinar los objetos de conocimiento.
 - 2) **Generalización de los hechos a través de un proceso inductivo que posibilita el tránsito del conocimiento de lo particular a lo universal**, mediante la formulación de leyes comprensivas y descriptivas de todos los hechos posibles que pudieran presentarse al observador.
 - 3) **Verificación posterior de la ley de causalidad:** comprobar la efectividad de la Norma mediante supuestos experimentales, a los efectos de constatar la veracidad o falsedad de la misma.
- Con esta metodología se pretende describir objetivamente los hechos, **desechando cualquier subjetividad por parte del observador**. El problema radica en que este modelo científico funciona correctamente en el ámbito de las leyes de la naturaleza, pero resulta muy cuestionable en el campo de las llamadas "ciencias" humanas. Las conductas humanas presentan muchas variables (infinitas) y difíciles de aislar y expresar.

-CARACTERES GENERALES DEL POSITIVISMO JURÍDICO (Norberto Bobbio):

- **Monismo:** se afirma la existencia de 1 solo derecho (el positivo), negando cualquier fundamentación del mismo desde un supuesto ordenamiento superior a él (D. Natural).
- **Normativismo:** reducir lo jurídico a las normas positivas.
- Se considera **la coacción** como el elemento esencial del derecho.
- **La ley es la expresión más acabada de lo jurídico** (emanación de la voluntad general).
- **La imperatividad es la característica esencial del derecho**. Si se vulnera el derecho, automáticamente debe aplicarse la norma de forma imperativa.
- Es **una construcción coherente**, sin antinomias normativas (contradicciones normativas).
- Es **una construcción completa o plena**, carente de lagunas normativas.
- La aplicación del derecho se basa en un **procedimiento lógico-silogístico mecánico**. El operador jurídico NO es más que la boca de la ley, carece de interpretación (subjetividad).

-POSITIVISMO COMO IDEOLOGÍA: El positivismo NO es sólo única perspectiva científica sobre el derecho, sino también una ideología que lo explica en términos científicas:

- **1) Versión extrema:** afirma el deber absoluto del súbdito de OBEDIENCIA A LA LEY por el hecho de ser formalmente válida ("**reductio ad Hitlerum**" según Bobbio). Es un fundamento teórico para los Estados totalitarios.
- **2) Versión moderada:** se sigue afirmando el deber de OBEDIENCIA A LA LEY, en tanto que válida, pero la validez de la ley NO es ya el único fundamento para su obediencia (la ley se concibe como el medio más adecuado para realizar un determinado orden basado en la igualdad y la certeza). Es la versión imperante para los Estados liberal-democráticos.
- Este modelo se desarrolló a comienzos del siglo XIX, en un momento histórico donde una de las cuestiones fundamentales era: **¿Qué gobierno es mejor, el de las leyes o el de los hombres?** Evidentemente, se impuso la primera opción.

4. LA CRISIS DEL POSITIVISMO

- **El modelo de Estado legislativo de Derecho:** En este contexto, y bajo el dominio del liberalismo, apareció un modelo político-jurídico que intentaba dar respuesta práctica a la cuestión anterior: el modelo de Estado legislativo de Derecho, en un intento de realizar el gobierno de las leyes mediante límites jurídicos al ejercicio del poder. En este modelo, es bueno lo que está en la ley, porque ésta es la expresión de la voluntad general.
- **La democracia y el Derecho:** la democracia se correspondía con la voluntad de la mayoría, y el Derecho es el reflejo de esa expresión de esa voluntad mayoritaria.
- **La Constitución:** en este sistema, la Constitución carecía de fuerza y aplicación normativa directa y NO era más que un marco que delimitaba los poderes del Estado y su organización.
 - NO había distinción entre Constitución y Ley (punto de vista normativo).
 - La Constitución tampoco se hallaba cualificada por un procedimiento especial de reforma.
 - Inexistencia de jurisdicción constitucional.
- Este modelo jurídico-político llegó a imponerse a lo largo del siglo XIX por diversos motivos de índole histórica, política, económica y social. Durante esta época el cuerpo social era relativamente simple:
 - a) Dominaba una clase social, la burguesía, auténtica beneficiaria de esta forma de Estado.
 - b) El sufragio era todavía censitario, por tanto las clases desfavorecidas NO tenían apenas capacidad de influencia en la conformación de la voluntad general representada en el Parlamento.
 - c) El Estado tenía un tamaño relativamente reducido.
 - d) El Derecho administrativo NO había alcanzado todavía su gran desarrollo posterior.

-DOGMÁTICA JURÍDICA: tiene como objeto de estudio el derecho positivo, es decir, las normas jurídicas vigentes en un tiempo y lugar determinados.

- Los hechos en sentido positivista son las normas jurídicas vigentes en un tiempo y lugar determinados (auténticos datos en el ámbito jurídico, sobre los cuales se actúa, se opera y se reordena).
- 1) Es NEUTRAL en el aspecto valorativo con respecto a su materia de trabajo: las normas. NO se trata de realizar juicios valorativos ni interpretaciones.
- 2) Tiene una función de ordenación y sistematización de las normas jurídicas, y la construcción de conceptos jurídicos como elementos de ese sistema (por ejem. el de sanción jurídica, sujeto de derecho, derecho subjetivo, etc.).
- 3) Posee una función prescriptiva. La dogmática jurídica realiza propuestas sobre la base de los estudios previamente realizados, que pretenden contribuir a una mayor perfección técnica del Derecho positivo vigente. Esta función crítica se da también con respecto a la jurisprudencia de los Tribunales.

-LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO: A finales del XIX también surgió una tendencia que dio lugar a otra destacada ciencia positivista sobre el Derecho: la sociología jurídica.

- El sociologismo ha de entenderse como una reducción de tipo ontológico de lo jurídico que privilegia ante todo la consideración del Derecho como hecho social.
- La sociología del Derecho es para los iuspositivistas el modelo por excelencia de “ciencia” jurídica.

-LA QUIEBRA DEL MONISMO METODOLÓGICO: La crisis del positivismo clásico empieza a producirse a partir de la segunda posguerra mundial, con motivo de la implantación del modelo de Estado constitucional en Europa occidental. Se produce rechazo al Monismo por:

- 1) **Una mayor diversificación de los ámbitos jurídicos:** Apareció el Derecho laboral y el Derecho administrativo experimentó un despegue imparable en buena parte por el movimiento obrero y las luchas entre las distintas clases sociales.
- 2) **El aumento considerable del tamaño y funciones del Estado:** Se amplían las tareas prestacionales del Estado así como su intervencionismo.
- 3) **La desaparición del Estado legislativo de Derecho:** El Estado legislativo de derecho resultaba insuficiente para limitar y controlar el poder.
 - La primera forma de control jurídico-constitucional del poder en el modelo continental fue la representada por el Tribunal Constitucional austríaco, del que fue autor Kelsen.
 - La Constitución era una mera ley de leyes y se limitaba a organizar los poderes del Estado, sin entrar en los principios a que éstos debían someterse.
- 4) **El fortalecimiento de la Constitución:** ahora se entendía que la democracia corría riesgos sin existir sin garantía de los derechos. Por ese motivo, se produce la constitucionalización de los derechos fundamentales (producida tras la II Guerra Mundial), que se tradujeron en normas de máximo rango, directamente aplicables sin necesidad de que existieran leyes que los desarrollasen.
 - La Constitución pasa a ser una norma más.
 - Ahora es susceptible de ser invocada y aplicada directamente por los Tribunales
 - Y se crea una jurisdicción constitucional (Tribunal Constitucional).
 - Este momento es el llamado “de las Constituciones rígidas”, debido a la dificultad de modificación del núcleo constitucional de los derechos fundamentales.
- 5) **El Derecho por principios de Zagrebelsky:** en estos momentos los principios pasan a ser los principales protagonistas de la actividad judicial y la médula del Estado democrático. Gracias a ellos se supera la polémica de los naturalistas vs positivistas.
- Zagrebelsky dice que el Derecho es un ámbito dúctil, donde debe primar la Racionalidad y la Prudencia.

-LAS CRÍTICAS A LOS MITOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO:

- 1) **Crítica a la visión silogística mecanicista del proceso de aplicación del derecho:** la interferencia de elementos NO dogmáticos (principios y valores) es la prueba de lo engañoso de esta supuesta neutralidad, que ha contribuido a desacreditar el modelo.
- 2) **Crítica a la neutralidad de la dogmática jurídica:** la dogmática jurídica NO es más que una ilusión de neutralidad, pero en realidad es la expresión de una ideología y NO de una ciencia (cuyo fin era consagrar al poder vigente y autojustificarlo).
- 3) **Crítica al dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico:** en la doctrina jurídica predominó el dogma positivista de la ausencia de lagunas. Determinadas circunstancias han puesto de manifiesto la falta de realismo de este postulado.
- 4) **Crítica al mito de la seguridad jurídica:** esta crítica resume las anteriores. Se ha atacado duramente la idea de un derecho objetivo capaz de resolver todos los conflictos posibles. Actualmente, la seguridad jurídica se entiende desde la necesidad de justificar racionalmente las premisas de la decisión jurídica conforme a unos criterios de racionalidad.



5. EL RETORNO A LA RACIONALIDAD PRÁCTICA

-PANORAMA GENERAL. EL GIRO LINGÜÍSTICO: Lo que se ha llamado el giro lingüístico en filosofía constituye el marco de donde surgen y se desarrollan todas las críticas a la epistemología positivista.

- Dichas críticas fueron de muy diversa índole, aunque la mayor parte de ellas se desarrollaron en torno a un problema común: el problema del lenguaje.
- El lenguaje ha sido el problema filosófico fundamental del siglo XX, como atestigua el hecho de que todos los pensadores de importancia de estos años lo hayan tratado más o menos directamente.
- Surgieron críticas contra la excesiva estrechez de miras del planteamiento positivista.
- Los modelos hermenéuticos han tenido gran importancia teórica y una gran influencia en el ámbito de la reflexión iusfilosófica a lo largo de todo el siglo XX.
 - Aunque también se sustentan en el predominio del lenguaje, recuperan el carácter puramente instrumental de éste.
 - Además su discurso NO se construye sobre la matriz de las ciencias naturales, sino dotado de un ámbito propio.

-LOS MODELOS HERMENÉUTICOS:

- 1) **Crítica a los modelos positivistas:** los modelos del positivismo negaban el carácter práctico del lenguaje (**el positivismo subordinaba el mundo al lenguaje formalizado**). Según los positivistas, el carácter teórico del lenguaje era el único susceptible de dar cabida a la verificación de los hechos.
 - Las críticas a los modelos positivistas fue realizada por la hermenéutica filosófica, desde Husserl a Heidegger o Gadamer ---> **¿Existe algo real más allá del lenguaje a lo que éste deba plegarse?** Para los hermenéuticos:
 - A) El lenguaje sería el medio necesario para hacerse cargo de las cosas.
 - B) Respetando sus diversas naturalezas y evitando su reducción a la pura lógica.
 - C) El lenguaje queda ubicado en el centro de la hermenéutica, ya que la comprensión se consume siempre por el lenguaje y en el lenguaje.
 - D) **La hermenéutica sostiene una plena compenetración entre lenguaje y mundo**, siendo el lenguaje el lugar en el que se produce la articulación de la vida social.
- 2) **Concepto hermenéutico:** el sujeto NO se enfrenta sin más a hechos en bruto destinados a ser manipulados por procedimientos lógico-científicos, sino que vive inmerso en tradiciones o culturas que NO admiten ser neutralizadas o abstraídas (poseen sus propias lógicas internas).
 - El sujeto está inmerso en estas culturas concretas. Por ello, afirman que NO es posible arrogarse la pretensión de superar las limitaciones del ámbito cultural concreto (los positivistas acudían al lenguaje formalizado para superarlo, pues era universal).
 - Esta tesis es de una centralidad innegable, ya que determina decisivamente una concepción de lo jurídico como actividad, como praxis, lo cual desvirtúa la concepción típica del positivismo.
- 3) **Ámbito de los valores:** la posición hermenéutica NIEGA cualquier pretensión de una ciencia axiológicamente neutra.

- Para ellos NO se puede entender lo jurídico sin referencia a los valores, a los fines y a la situación concreta en que se da (importancia al contexto histórico social).
- 4) **Superación del positivismo:** el positivismo y su modelo típico de ciencia jurídica quedaban reducidos al conocimiento dogmático de un texto normativo dado. La superación de este planteamiento por parte de la hermenéutica se opera mediante la ubicación histórica, concreta y circunstancial del sujeto intérprete, que comprende ese material en su tradición jurídica.
 - Toda interpretación siempre tiene un objeto y sujeto que debe ser contextualizado.
 - El positivismo otorga primacía a lo epistemológico frente a lo ontológico, mientras que la hermenéutica privilegia lo ontológico y finalista frente a lo epistemológico.

-LOS MODELOS RETÓRICOS Y ARGUMENTATIVOS:

- A) **La Tópica y la Retórica jurídicas:** ambas tienen una gran tradición en la cultura jurídica occidental y fue Aristóteles quien expuso sus bases conceptuales:
 - **Tópico:** es una proposición aseverativa, expresada en términos tanto positivos como negativos. El uso del tópico pretende persuadir, convencer o refutar a su destinatario, de una manera que sólo tiene sentido en una situación dialógica.
 - **Retórica:** sería el ejercicio concreto de los diversos tópicos en el razonamiento para provocar determinados efectos en un auditorio. Se ejerce de forma distinta según el ámbito en el que nos encontremos (ya que cada tópico constituye un lugar de expresión):
 - 1) **Ámbito judicial:** se ejerce conforme a la retórica forense (persuasión del Juez a través de medios probatorios).
 - 2) **Asamblea:** se ejerce conforme a la retórica política (persuasión sin finalidad probatoria).
 - 3) **Discursos de homenaje:** se ejerce conforme al panegírico, cuyo fin es la alabanza.
 - Desde su formulación canónica en la obra aristotélica, la tópica y la retórica jurídicas fueron desarrolladas por multitud de autores.
- **Contexto del resurgimiento de este modelo:** su resurgimiento fue favorecido por imposición del principio democrático pluralista tras la II Guerra Mundial.
- **La retórica se estableció como arte de persuasión:** NO como conjunto de técnicas manipuladoras, sino como un procedimiento comunicativo de argumentos críticamente validados. El Derecho NO ha de ser estudiado desde una perspectiva científica (lógico-formal), sino retórica.
- B) **La teoría de la argumentación jurídica:** según esta teoría, es en el proceso de decisión jurídica donde debemos situarnos para entender lo jurídico por estos motivos:
 - En el proceso de decisión se manifiesta más claramente la necesidad de fundamentación RACIONAL que tradicionalmente ha acompañado a lo jurídico.
 - Esto NO implica el rechazo de la vinculación del Juez a la norma y a la jurisprudencia (tan resaltada por el positivismo).
 - Debe entenderse la **praxis jurídica** como un proceso de creación (los positivistas rechazan todo tipo de creación).
 - Su trasfondo NO es la libre voluntad del Juez, sino la necesidad de admitir la concurrencia de principios morales y políticos que forman parte del trasfondo normativo del orden jurídico concreto de una comunidad.
 - Dworkin y Robert Alexy abogan por una concepción pragmática del Derecho (NO por ser meramente técnica o mecánica).



6. EL TRÁNSITO DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL

-EL MODELO DEL ESTADO LIBERAL: Se construye sobre varios conceptos que son fruto del pensamiento político moderno:

- **1) INDIVIDUO:** este concepto es una abstracción operada sobre lo real, que prescinde de los aspectos empíricos que dan cuenta de lo que constituye al ser humano.
 - Todo ser humano NACE en un núcleo familiar.
 - Y PERTENECE determinada sociedad.
 - Sin embargo, si se descompone esa realidad y observamos en elementos simples, lo social es reducido a individualidades.
 - Hay diversas teorías sobre los elementos fundamentales que singularizan a un individuo:
 1. Para **Th. Hobbes** es el EGOÍSMO el elemento fundamental.
 2. Para **Pufendorf** es la INCAPACIDAD para sobrevivir en soledad.
- **2) ESTADO DE NATURALEZA:** este elemento (“estado de naturaleza”) aporta a la construcción del modelo liberal de Estado el medio teórico necesario para colocar en un plano asocial al ser humano. Requiere ser situado fuera de la sociedad (como individuo) antes de que él mismo la construya y se inserte en ella.
 - Los seres humanos son considerados como elementos INDIVIDUALES y NO interdependientes, aunque necesariamente se encuentran en una situación de total dependencia y autointerés. Por tanto, NO se trata tanto de un sitio (real), sino más bien de una situación (hipotética) en el que se encuentran los individuos.
 - La LIBERTAD aparece como la condición natural del hombre.
 - Obviamente vinculada al problema de la APROPIACIÓN DE BIENES para conseguir sus propios fines. Todos intentarán ejercer la ley del más fuerte (FUERZA BRUTA) para llevar a cabo la apropiación (situación de guerra de todos contra todos).
 - Esta libertad amenaza con autodestruirse al existir en todos los individuos. De ahí que surja el problema de la ARMONIZACIÓN de LIBERTADES, dilema irresoluble en ausencia de INSTITUCIONES (pues el más fuerte conseguirá apropiarse de más bienes y, si no puede por sí solo, siempre podrá aliarse con otros para conseguirlo).
 - Finalmente el otro dilema es que todos los hombres son LIBRES e IGUALES. Para resolver ambos dilemas será necesario que los hombres apelen a su RAZÓN en búsqueda de una solución que haga viables la libertad y la igualdad.
- **3) PACTO O CONTRATO SOCIAL:** El ser humano se encuentra enfrentado a otros hombres a causa de la LIBERTAD e IGUALDAD. Para solucionarlo, deberá encontrar el modo de sobrevivir en PAZ y SEGURIDAD (preservar su vida y sus bienes). Para ello, los individuos deberán de llegar a ACUERDOS, PACTOS y CONTRATOS, dando paso a la construcción de la sociedad política y del consiguiente poder político.
 - Por tanto, para esta postura liberal, la sociedad y el poder político son fruto de una construcción elaborada por el acuerdo de diferentes individuos que intentan obtener Paz y Seguridad (NO viene dado por la propia naturaleza humana).
 - De esta forma nace el **contractualismo jurídico-político**, cuyo efecto más importantes será la posterior creencia en la PREEMINENCIA DEL INDIVIDUO sobre la sociedad y el poder (pues éstos son artificiales y fruto de un acuerdo contingente).

- **4) SOBERANÍA:** Al crearse la sociedad y el poder político, los individuos presociales se hallan en una nueva situación: “el estado político o civil”, que produce una doble consecuencia:
 - 1) **La instauración de una desigualdad inicial:** la igualdad y libertad NO pueden ser absolutas y deberá de establecerse, necesariamente, una diferenciación entre súbditos (obedecen) y soberano gobierna).
 - 2) **Un desplazamiento de la libertad desde los súbditos al soberano:** los súbditos le entregan su libertad al soberano y éste dejará como libertad individual de acción aquella que quede al margen de las acciones reguladas mediante el derecho y a garantizar la paz y la preservación de la propiedad mediante instrumentos jurídicos.
- **4) EL PUEBLO:** la creciente fuerza de la burguesía consiguió desplazar al monarca o a las asambleas como titulares de la soberanía, sustituyéndolos por el PUEBLO como nuevo soberano:
 - **PUEBLO = es la suma de todos y cada uno de los individuos.**
 - Es una abstracción, ya que es la suma de elementos abstractos (individuos).
 - Los individuos ya NO son súbditos, sino ciudadanos y de ellos emanan los distintos poderes (**volonté generale** de Rousseau).
 - Desaparece así la desigualdad entre súbdito y soberano.
 - La SOBERANÍA ahora sólo reside en el Pueblo.
 - Y es el ESTADO quién personificará política y administrará jurídicamente al pueblo (“Estado Soberano”). Sólo NO tiene sólo un ámbito intraestatal, sino también una proyección hacia el exterior (el Estado es libre e independiente de todo poder exterior).
- **5) DERECHOS SUBJETIVOS NATURALES:** el derecho subjetivo NATURAL es entendido como PREVIO AL DERECHO POSITIVO emanado del Estado, porque ya les pertenecía a los ciudadanos cuando eran simplemente individuos.
 - **Desarrollo de los derechos naturales hasta su positivación:** una vez que los individuos dejan de ser súbditos de los monarcas, exigen convertirse en ciudadano y que sus derechos naturales sean ampliados para ampliar el RESPETO y PROTEGER la igualdad y libertad.
 - Primero se incorporan los derechos a la VIDA y PROPIEDAD (derechos naturales de la personalidad), luego el resto de derechos civiles y políticos (como derecho que garantizan la libertad y la igualdad).
- **6) LA REPRESENTACIÓN:** el pueblo es el verdadero titular de la soberanía, pero en la práctica debe ser despojado de ella porque sería imposible que todos los ciudadanos ejercieran funciones políticas y ocuparan puestos en los órganos de gobierno del Estado.
 - Para subsanar esta imposibilidad, cada individuo elige libremente a sus representantes (**sufragio universal**), delegando su soberanía a través del mecanismo jurídico de la representación (excepcionalmente tendrá plebiscitos y referéndum).
 - Generalmente esta representación NO es revocable, excepto con el regreso de nuevas elecciones, donde cada individuo otra vez elegirá su representante.
 - En estas circunstancias, el ideal democrático se convierte en meramente formal.
 - Esta situación se tradujo en el debate filosófico-político de la puesta en cuestión del **modelo democrático-liberal,** dado que en la práctica era difícilmente sostenible ante el empuje de una ciudadanía insatisfecha con una realidad que en nada se correspondía con sus expectativas jurídico-políticas.

- **7) LA DISTINCIÓN ENTRE EL ÁMBITO DE LO PÚBLICO Y DE LO PRIVADO:** al dar el paso hacia el estado civil y esta estructura política, existen dos ámbitos a tener en cuenta:
 - En el **ámbito privado** rigen los principios de LIBERTAD y DESIGUALDAD.
 - Mientras que en el **ámbito público** es la IGUALDAD la que rige (igualdad ante la ley). En este ámbito la libertad se ve restringida debido a los mecanismos de representación y personificación, que en la práctica ponen la soberanía en manos del poder del Estado.
 - **¿Qué implica la conjunción de todos estos elementos?:**
 - Es un **Estado Democrático** porque el poder reside en el pueblo (Soberanía Popular), que mediante la representación elige a sus gobernantes (puede ser censo restringido).
 - Es un **Estado liberal** porque el Poder Político se ve limitado por un ámbito de libertad del sujeto o individuo (garantizado por los derechos naturales o fundamentales).
 - Este modelo conforme “avanza” y se consolida, tiene lugar el denominado **Estado de derecho**, que además de ser democrático y liberal, tiene que tener:
 - 1) **SEPARACIÓN DE PODERES** del Estado (inicialmente fundidos bajo el común denominador de la soberanía).
 - 2) **CONSTITUCIONALIZACIÓN** del Estado, es decir, tener un documento constitucional.
- EL DESBORDAMIENTO DEL MODELO DE ESTADO LIBERAL: EL ESTADO SOCIAL:** a finales de los años 40 del siglo XX, en las democracias europeas occidentales, prevaleció la postura de la izquierda reformista partidaria de un modelo de Estado social, sobre la de la izquierda revolucionaria (que buscaba un modelo de tipo soviético). Éste implica las siguientes características:
- El Estado pasa de ser un mero garante de derechos y libertades civiles y políticos a **CONVERTIRSE EN PRESTATARIO DE MEDIDAS y actuaciones socio-económicas:** reconocimiento y garantías de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, hasta la prestación de medidas asistenciales o la aplicación de políticas fiscales y redistributivas.
 - Es un **ESTADO INTERVENCIONISTA** en las relaciones económicas y productivas (antes exclusivamente en manos de la burguesía capitalista con su lema “dejad hacer, dejad pasar”):
 - Interviene en relaciones laborales, en los desequilibrios del mercado, etc.
 - Establece una red asistencial de Sanidad Pública, Educación, etc.
 - Implica una **TRANSFORMACIÓN JURÍDICA:**
 - **Ampliación de los ámbitos de la igualdad y de la libertad** para perseguir una efectiva igualdad económica y social.
 - **Ampliación de las libertades sin distinguir raza, sexo, religión o clase social.**
 - La IGUALDAD en este modelo de Estado **NO sólo es jurídica, sino también Económica.**
 - Pese a todo, es un modelo estatal bastante similar al modelo de Estado liberal (conceptualmente). Lo que varía entre uno y otro es el fundamento de su legitimidad, que ahora además se incluye la **SATISFACCIÓN DE DETERMINADAS DEMANDAS SOCIALES.**
 - E. Liberal = Representatividad + Garantía de derechos.
 - E. Social = Representatividad + Garantía de derechos + Demandas Sociales.
- **Restablecer la paz social puesta en peligro por los desequilibrios del mercado:** el restablecimiento de la paz social se logró a costa de desmontar el equilibrio entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (característico del Estado liberal). El poder LEGISLATIVO era el depositario de la voluntad popular. Las leyes emanadas de él debían ejercer el control necesario sobre el ejecutivo. Sin embargo, la situación real era diferente:
 - A) Las nuevas funciones de gobierno condujeron al Ejecutivo a la sustracción de parte de su actividad al control de la ley (la ley presupuestaria dejaba de contemplar importantes partidas gestionadas directamente por el Gobierno sin que el Parlamento tenga la posibilidad de su control).
 - B) Los actos político-administrativos del Poder Ejecutivo (para cumplir sus fines Intervencionistas) tienen un coste económico situado fuera del control parlamentario.
 - C) Desbordamiento de la economía de los Estados en la economía mundial, que termina por controlar la actividad económica estatal y que, por tanto, también escapa al control parlamentario de los Estados.
 - Por tanto, el poder legislativo quedaba relegado y NO ejercía su verdadera función de CONTROL al poder ejecutivo, sino funciones esencialmente administrativo-burocrático, NI se correspondía con una auténtica representatividad de los ciudadanos.
 - **Quiebra del Estado social en el ámbito económico:** el Estado social se había construido como respuesta a la presión social y a la adopción de medidas económicas de corte keynesiano adoptadas tras la crisis económica del 29 y las dos Guerras Mundiales. En los años que rondan a 1970, el ámbito económico de este Estado social quiebra en gran medida.
 - Las **políticas keynesianas** habían impulsado la economía, aumentando la demanda de bienes, con el consiguiente aumento de la actividad empresarial.
 - El crecimiento de esta actividad permitió incrementar la **presión fiscal sobre la actividad productiva**, lo que hacía posible la satisfacción de demandas socio-económicas, ya que los ingresos derivados de los impuestos a las empresas se utilizaron en la aplicación de medidas económicas redistributivas.
 - Además, el aumento de la presión fiscal disminuye los beneficios empresariales y la competitividad y, por consiguiente, también los ingresos fiscales.
 - Al aumentar las demandas sociales y disminuir los ingresos, se provoca una crisis del sistema.
 - Todas las medidas políticas y económicas del Estado social fueron diseñadas bajo el panorama económico de los “Estados cerrados” y, por tanto, **NO tenía en cuenta los desajustes que se producían con una economía creciente en el plano internacional.**
 - La Globalización mundial que NO siempre lleva aparejada una globalización de políticas sociales, hace que sea inoperante este modelo de Estado social.
 - **CONSECUENCIA = disminución de las garantías sociales** que son uno de los núcleos del Estado social, en aras de la competitividad, por lo que el Estado social ha entrado en un proceso de quiebra en su configuración inicial.

-LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL: el comienzo de la crisis del Estado social se sitúa históricamente en la segunda mitad del siglo XX, siendo su icono político el mayo del 68:

- 1) **IMPOSIBILIDAD de atender una demanda creciente de las Demandas Sociales.**
- 2) **Por la AUSENCIA TEÓRICA de este modelo de estado del modelo** (según Ferrajoli).

-SOLUCIONES A LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL: son complejas, porque:

1) El carácter asistencial del Estado intervencionista NO puede eliminarse sin producir importantes revueltas sociales de resultados imprevisibles.

2) Además, NO puede ser mantenido con la política económica keynesiana.

• Entre las soluciones podemos citar las siguientes:

• **A) Socialistas:** la propuesta socialista es introducir restricciones a la libertad de mercado.

• Se debe INTERVENIR económicamente en las empresas globalizadas, mediante la participación parcial del Estado en su planificación y redistribución del beneficio.

• Esta medida aún no ha podido ser aplicada por la falta de previsión política y económica en un mundo cuya vertiginosa globalización ha tomado a los Estados por sorpresa.

• **B) Neoliberales:** proponen INCREMENTAR los beneficios de las empresas:

• REDUCIR DERECHOS LABORALES y recortar logros socio-laborales. Fundamentalmente en lo referido a la duración de los contratos de trabajo, la movilidad de los trabajadores y la facilitación del despido por motivos de oportunidad empresarial.

• PRIVATIZAR sectores económicos con el consiguiente aumento del beneficio empresarial privado.

• Esta vía permite el mantenimiento, e incluso produce el aumento de los beneficios de los empresarios, lo que posibilita el sostenimiento o aumento de la presión fiscal y la supervivencia del sistema de asistencia social.

• **C) Políticas económicas de oferta:** proponen MEJORAR la productividad mediante una disminución de la presión fiscal a las empresas (evitar fuga de capitales empresariales).

• REDUCIR presión fiscal sobre las empresas.

• FAVORECER las condiciones fiscales para atraer a otras empresas a instalarse en su territorio. Así esta disminución NO producirá una gran disminución de los ingresos del Estado a través de los impuestos y tributos.

• Problemas: puede provocar la deslocalización empresarial, y con ella sólo se resuelve el problema de unas regiones pero provoca problemas para otras, por lo que no resuelve el problema económico global.

-EL RETO: Todas las transformaciones mencionadas han supuesto el fin del modelo del Estado social, tal y como se concibió en la segunda mitad del siglo XX. Hoy la supervivencia de este modelo de Estado requiere la adopción de medidas encaminadas a la consecución de los siguientes objetivos:

• 1) El mantenimiento de los logros sociales y la reformulación del marco político obsoleto del Estado moderno.

• 2) Que los ciudadanos recobren su soberanía.

• 3) Que las medidas políticas y económicas sean lo suficientemente globales, puesto que los desajustes en un mundo globalizado nos afecta a todos de forma directa e indirecta. Lo ideal es que permitiese mantener desarrollo de países desarrollados y permitir a su vez el crecimiento de aquellos países aún por desarrollar.

• 4) Entender que el derecho (justicia y derechos fundamentales), la política y la economía NO constituyen compartimentos estancos. Por eso, aunque el Estado constitucional de derecho y el Estado social sean conceptualmente distintos, se hallan profundamente interrelacionados. Son las dos caras de la misma moneda.

7. EL PAPEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

-DERECHOS HUMANOS: Entendemos por derechos humanos a todos los derechos que pertenecen a los hombres por el mero hecho de serlo. Esta denominación viene motivada por el pensamiento **iusnaturalista** del racionalismo ilustrado.

• Para los naturalistas, todo derecho subjetivo es, estrictamente, un derecho consustancial al hombre. No obstante, se reserva el término “derechos humanos” para algunos de los derechos subjetivos que poseen especial relevancia jurídico-política.

• En el momento en que los denominados derechos humanos son proclamados en diferentes textos de carácter universalista, la apelación a la naturaleza humana queda negada en el ámbito de su eficacia, pasando a ser concebidos como **derechos de los ciudadanos.**

• Las 1º proclamaciones de los derechos humanos se sustancian en textos de marcado carácter nacional (p. e. Declaraciones americanas de derechos o la declaración francesa de 1789).

• 2º Cuando los derechos humanos se positivaron, lo hacen en documentos constitucionales.

• 3º aparecen documentos de impronta universalista, en los que el término derechos humanos no está falsado por el auténtico concepto subyacente que, a lo sumo, solía corresponder al de derechos de los ciudadanos.

• **DERECHOS HUMANOS vs DERECHOS FUNDAMENTALES:** la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales ha sido abordada teóricamente desde distintas perspectivas. Los principales teóricos han sido **G. Robles** y **Ferrajoli.**

-1) PERSPECTIVA DUALISTA DE GREGORIO ROBLES: G. Robles enfoca el problema de la distinción desde una perspectiva dualista, es decir hay una doble positivación:

• **Derechos humanos:** definir los derechos humanos como el conjunto de criterios morales, con relevancia política, que deben ser tenidos en cuenta por el legislador constituyente, para que la Constitución de una sociedad pueda ser considerada justa, y cuyo fundamento es un fundamento moral. Tiene que tener en cuenta dos criterios:

• **Dimensión moral:** los criterios morales en las sociedades actuales suelen ser el conjunto de los denominados derechos humanos.

• **Dimensión política:** los criterios morales tienen también una dimensión política, ya que afectan a la vida social y política del hombre en el establecimiento de la justicia, y por ello deben ser tenidos en cuenta por el poder constituyente en sus decisiones jurídico-políticas.

• **Derechos fundamentales:** podemos entender el conjunto de derechos humanos positivados en la norma fundamental.

• Estos derechos son el núcleo de justicia intrasistémica de un ordenamiento jurídico.

• Aunque NO todos los derechos subjetivos positivados SON derechos fundamentales. Por ejemplo, hay derechos constitucionales que NO son reconocidos como tales.

• El problema consiste en determinar qué diferencias establece el texto constitucional entre unos y otros tipos de derechos. Pues muchos han sido catalogados como fundamentales, pero NO son reconocidos en nuestra Constitución de 1978 como tales:

• Caso de los denominados derechos económicos, sociales y culturales.

• Y de los denominados “derechos de tercera generación” (principios rectores de la política social y económica en nuestra Constitución).

• **Diferencia entre derechos fundamentales y otros derechos:** Para G. Robles sólo son auténticos aquellos derechos fundamentales que gozan de una especial protección procesal.

• Por tanto, en nuestro ordenamiento únicamente son auténticos aquellos derechos reconocidos en los artículos 14 al 30 CE, ya que sólo estos gozan de la especial protección constitucional (**recursos de amparo ante el TC**).

• NO gozan de esta protección, los derechos económicos, sociales y culturales, NI los principios rectores de la política social y económica en nuestra Constitución.

• Sin embargo, el concepto de derechos humanos NO cierra la puerta a su ampliación, ya que estos principios y derechos económico sociales son potenciales para ser clasificados como derechos fundamentales. Lógicamente, dependerá de los poderes constituyentes para ampliar o restringir estos derechos y clasificarlos como fundamentales.

-2) **PERSPECTIVA MONISTA DE FERRAJOLI:** en su obra "Derechos y garantías", Ferrajoli defiende una perspectiva monista, pues el criterio fundamentador tanto de los derechos humanos como de los derechos fundamentales es la sola positivación:

• **Concepto de derechos fundamentales:** Ferrajoli entiende que los derechos humanos son una clase de derechos fundamentales.

• NO establece distinción entre criterios de justicia **intrasistemáticos o positivados y extrasistemáticos o no positivados.**

• Son **fundamentales** todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, dotados de "status de personas", (ciudadanos o personas con capacidad de obrar).

• Esta definición tienen un **fundamento jurídico-positivo**, pero NO apela a un ordenamiento jurídico concreto. Los derechos fundamentales son considerados como derechos subjetivos y deben haber sido establecidos mediante una norma jurídica positiva (sea cual sea, independientemente de su jerarquía normativa).

• Ferrajoli NO hace reposar el fundamento de la positivación de estos derechos en cada Constitución concreta.

• Tampoco les atribuye una protección especial.

• Por tanto, se trata de una **definición formal y universalista** dado que lo que diferencia a los derechos fundamentales de otros derechos subjetivos NO es la cualidad de la norma, sino el hecho de que la norma los atribuya "a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar".

• **Derechos inalienables y no negociables:** la universalidad de los derechos fundamentales comporta también su condición de derechos inalienables y no negociables, pues corresponden a sus titulares. De este modo garantizan IGUALDAD JURÍDICA, aunque sea en términos relativos, pues lo que garantiza es la universalidad de los derechos fundamentales es la igualdad jurídica de los sujetos a quienes se imputan.

• **La extensión y la intensión de la igualdad:**

• **La extensión de la igualdad:** se refiere al ámbito de ampliación o restricción del derecho a la igualdad de las personas, a su mayor o menor flexibilidad en su otorgamiento. Será mayor cuanto menos se limite la atribución de la condición de persona y/o ciudadano capaz de obrar a los sujetos de dicha sociedad.

• **Intensión de la igualdad:** cuanto mayor cuantitativa y cualitativamente sea la calidad de los derechos fundamentales, mayor será también la intensión de la igualdad.

• Esta definición de Ferrajoli presenta tres ventajas:

• 1) Que es válida para cualquier ordenamiento jurídico (es indiferente a que sea constitucional, totalitario, moderno o premoderno).

• 2) Que es neutra desde un punto de vista ideológico.

• 3) Es válida para cualquier filosofía política o jurídica (positivista, iusnaturalista, liberal, so-

cialista, e incluso antiliberal y antidemocrática), ya que su contenido es también indiferente.

-**CRITERIOS Y TIPOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES SEGÚN FERRAJOLI:** Ferrajoli distingue 4 tipos de derechos fundamentales:

1) **Derechos de la personalidad:** corresponden a todas las personas.

• Son los derechos primarios de las personas

• Se atribuyen a todos los seres humanos.

• Por Ej: derecho a la vida, integridad física, libertad personal y de conciencia.

• Para Ferrajoli actúan como criterios materiales de justicia intrasistemática cuya virtualidad es la eficacia de su garantía procesal.

2) **Derechos de ciudadanía:** corresponden sólo a los ciudadanos.

• Son derechos primarios que sólo se reconocen a los ciudadanos de ese Estado.

• Por Ej: derecho de residencia, de reunión y asociación, garantías penales y procesales...

3) **Derechos primarios o sustanciales:** corresponden a todas las personas con capacidad de obrar.

• Son derechos secundarios atribuidos a todos los que ostentan capacidad jurídica plena.

• Se incluyen todos aquellos derechos potestativos, cuyo fundamento es la autonomía privada y el contenido contractual.

• Por Ej: derecho a la libertad de empresa, libertad contractual, etc.

4) **Derechos secundarios o instrumentales o de autonomía:**

• Son derechos secundarios atribuidos solamente a los ciudadanos con capacidad de obrar.

• Son derechos de autonomía política.

• Ej: representación, democracia política, derecho al voto, acceso a cargos públicos...

Ferrajoli insiste en que este elenco de derechos es absolutamente independiente de la tradición constitucionalista moderna. Son fundamentales siempre que se hayan atribuido universalmente en razón de la personalidad jurídica y la ciudadanía.

En contra de Ferrajoli, la mayoría de la doctrina se inclina a pensar que los derechos que se otorgan con carácter universal antes de las primeras Declaraciones de derechos (Virginia de 1786, la francesa de 1789...), forman parte de la protohistoria de los "derechos fundamentales".

-**GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SEGÚN FERRAJOLI:** para él, el hecho de que un ordenamiento jurídico NO establezca un sistema de garantías respecto de los derechos fundamentales, NO significa una ausencia de garantías, sino la existencia de una laguna.

• Por ejemplo, tenemos los derechos ya han sido consagrados en las cartas internacionales de derechos, en las que aparecen desprovistos de garantías.

• O los derechos sociales reconocidos en nuestra Constitución de 1978, pero que NO figuran como derechos fundamentales sino como principios rectores o con denominaciones similares.

• Si se les otorga la condición de derechos fundamentales, se permite exigir al poder legislativo que corrija las lagunas relativas a las garantías ausentes del ordenamiento y que está en la obligación de colmar.

-**AMPLIACIÓN DE DERECHOS. DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL:** la transformación del Estado liberal de derecho se ha realizado por vía de hecho, mediante el progresivo aumento en intensión y extensión de los derechos fundamentales, con la inclusión de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, hasta su conversión en Estado social de derecho. Negar la realidad de estos derechos supone negar también la pretendida existencia del Estado social de derecho.

• Lo más destacable de la propuesta de Ferrajoli es que, sin renunciar a su argumentación teórica positivista y analítica, es capaz de analizar un amplio sector de derechos hacia su consideración como derechos fundamentales que, precisamente en aplicación de la misma lógica positivista y analítica, son rechazados como tales por otros autores.



8. PRINCIPIOS, REGLAS Y VALORES (I). LAS NORMAS DESDE UNA PERSPECTIVA NO FORMAL

-PLANTEAMIENTO GENERAL: en la contraposición iusnaturalismo-iuspositivismo cabían únicamente dos posibilidades respecto a los valores:

- **Iusnaturalismo:** reconocer la posibilidad de un juicio sobre las normas jurídicas en vigor, realizado desde una instancia jurídicamente superior a ellas mismas y que es considerada el auténtico derecho.
- **Iuspositivismo:** estimar que no existe una instancia jurídicamente superior a las normas jurídicas, pues cualquier reproche que se les dirigiese habría de formularse en nombre de instancias extrapositivas (p. e. un supuesto derecho natural, una determinada postura moral, etc).

La posibilidad de invocar principios suprapositivos quedaba calificada automáticamente como iusnaturalista, contraria a todo discurso científico sobre el Derecho. No obstante, una vez desmontada la creencia en la supuesta científicidad de dicho discurso, la controversia se ha replanteado durante los últimos decenios del pasado siglo. La crisis del pensamiento iuspositivista ha reintroducido el discurso sobre los valores, que no es sino el correlato del ya familiar retorno de la razón práctica.

En esta tendencia son representativos autores como Rawls, Alexy o Zagrebelsky. Todos estos autores ofrecen en sus obras su razonamiento de aplicación a las fuentes del derecho. Todos estos razonamientos retoman la discusión sobre los valores jurídicos, bajo la denominación de principios y, esencialmente, sobre el principio justicia. Esto va profundamente asociado a una tendencia que viene haciéndose sentir durante los últimos decenios: la crisis de la ley como forma normativa suprema.

Se estima que los principios constitucionales son criterios que permiten realizar juicios críticos, valoraciones sobre la ley, pero sin dejar de ser ellos mismos parte del ordenamiento jurídico. Por decirlo más concretamente, la existencia de principios del Estado constitucional de derecho plantea la posibilidad de una crítica a la ley realizada desde fuera de la ley, NO desde fuera del ordenamiento jurídico, ya que los principios pertenecen a él.

- Lo anterior permite acabar con la vieja idea iusnaturalista de que todo principio que permitiera situarse por encima de las leyes se hallaba fuera del ordenamiento jurídico.
- En la reducción iuspositivista, todo valor, toda norma, todo principio, todo derecho, quedaban reducidos a la ley, que constituía la emanación de la voluntad general. Por tanto, no era posible concebir nada situado por encima de ella salvo su propio autor, el Parlamento.
- La reducción iusnaturalista hacía posible un juicio crítico sobre la ley, pero realizado desde fuera del ordenamiento jurídico.
- Frente a estas posiciones, en el llamado derecho por principios, es concebible la crítica a la ley desde los principios del propio ordenamiento jurídico.
- De este modo, la reflexión sobre los principios, entendidos como formas que condensan los valores expresados en el ordenamiento jurídico, ha asumido un carácter crucial en el pensamiento jurídico más reciente, hasta el punto de romper el equilibrio existente en el esquema liberal entre Constitución, ley e interpretación judicial, transformando radicalmente la caracterización de los derechos.

-PRINCIPIOS COMO INSTANCIAS INTERMEDIAS ENTRE REGLAS Y VALORES:

- **A) Principios tradicionalistas:** son aquellos principios que aparecían en las normas del s. XIX, muy propios de la doctrina civilista (p. e. Principio de Buena Fe / autonomía de la voluntad / libertad contractual // los principios del derecho del trabajo...). Debemos entender que el Principio de Buena Fe y la autonomía de la voluntad fueron el producto de una época en la cual todo derecho era derecho privado y, por tanto, NO pueden entenderse como dados en el mismo plano que el principio de la igualdad real o el de la interdicción de la arbitrariedad.
- **B) Principios modernos:** hasta finales del siglo XX, el discurso sobre los valores jurídicos se centraba en el ámbito de las relaciones particulares. Sin embargo, el centro de gravedad del discurso sobre los valores jurídicos y, en particular, sobre el principio justicia, ha ido desplazándose del ámbito de las relaciones entre particulares al del derecho público:
 - **Principio liberal:** El derecho debe limitarse a proporcionar a los ciudadanos un marco regulador dentro del cual su libertad pueda desenvolverse sin obstáculos (influencia kantiana).
 - La actuación estatal debe limitarse a la protección de los derechos fundamentales contra perturbaciones de particulares o del propio Estado.
 - Derechos fundamentales como instrumento de la Defensa de las libertades individuales.
 - **Principio social:** Actualmente uno de los problemas es la crisis actual sobre la Justicia, en buena parte provocado por la crisis del estado Social; ya que este esquema político provocaba la intervención Estatal de forma activa, redistribuyendo los recursos mediante políticas impositivas y de gasto público, destinadas a generar los mínimos de bienestar necesarios para el disfrute real de tales derechos mediante prestaciones de tipo sanitario, educativo, etc.
 - **Transformación de las Teorías de la Justicia:** gracias al marco del Estado Social se llevó a cabo la radical transformación de unas teorías de la justicia que no surgen del vacío, sino que son respuestas históricamente dadas a las necesidades sociales concretas.
 - **Rawls** dice que la actual teoría de la justicia ha de asignar primacía a los social y su objeto debe ser la estructura básica de la sociedad (contrario al modelo kantiano).
 - **Transformación de la percepción de los derechos fundamentales:** ahora pasan de ser concebidos como piezas básicas de una transformación social que el Estado ha de estimular, lo que arranca con las Constituciones de la segunda posguerra mundial.
 - **Articulación del Estado Social desde el punto de vista jurídico:** Desde el punto de vista jurídico, el Estado social se articuló de una forma incompleta.
 - Pese a todo, se intentó dar cuerpo y organizar la compleja actuación de los Estados intervencionistas a través de "Constituciones rígidas", provistas de catálogos pormenorizados de derechos fundamentales y de sistemas jurisdiccionales de garantía.
 - Estas Constituciones conforman principios para controlar la actuación de los órganos del Estado y ajustarla a las exigencias de la protección de los derechos fundamentales.
 - El principio, por tanto, no es reificable.
 - NO es algo independiente de lo real, aislado de las relaciones jurídicas en cuyo seno nace.
 - Los derechos fundamentales sólo son reales si están informados por principios, pyes éstos son abstracciones de los criterios con los cuales valoramos las relaciones humanas reales. NO es posible concebir principios sin derechos que los concreten, ni derechos sin principios que los informen.

- Los principios NO son puramente extrapositivos (sólo se concretan a través de los derechos existentes en el mismo ordenamiento)
- Tampoco son meramente positivos (en la medida en que no pueden reducirse a la vieja forma de la ley como única fuente del ordenamiento).
- Con esta nueva visión, evitamos así caer en un reduccionismo de tipo ontológico o en reduccionismo de tipo positivista.
- Por tanto, los valores de un ordenamiento jurídico NO son entidades, sino juicios: enjuician relaciones entre personas, o entre personas y cosas, consideradas socialmente relevantes por la comunidad política.

-EL DISCURSO SOBRE LOS PRINCIPIOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO:

- **Del Estado legislativo al Estado Liberal:** la crisis del Estado legislativo de derecho culmina, ya en el siglo XX, momento en el que la Constitución sustituye a la Ley como pieza fundamental (Estados constitucionalistas).
 - La Constitución se establece como norma suprema.
 - Su Forma se caracteriza por tener principios y su contenido por derechos fundamentales.
 - TC es el guardián de la Constitución Española.
 - La Constitución es fruto de la voluntad de la Soberanía Popular. Alejándose del marco del positivismo, donde no cabía un discurso autónomo sobre la justicia.
 - El principio justicia está incorporado al propio ordenamiento jurídico como algo plenamente integrado en él. De este modo, las contraposiciones valores-reglas jurídicas / iusnaturalismo-positivismo / extrajurídico-intrajurídico, y otras similares, se muestran engañosas.
 - El discurso sobre los principios penetra así en el ordenamiento jurídico merced al Estado constitucional de derecho.
- **Nuestra Constitución presenta un sistema rígido** que sólo puede ser alterada mediante una serie de procedimientos muy rigurosos. Así se protegen los principios y valores de la CE.
 - **La Constitución en el Estado liberal:** para los liberales, la Constitución es una mera ley de organización del Estado, la cúspide del sistema de fuentes y la garantía de la separación de poderes.
 - **La Constitución en el "Estado constitucional de Derecho" o rematerialización de la Constitución:** La "rematerialización" de la Constitución ha cambiado radicalmente el panorama:
 - La CE posee muchas características que tenía en el Estado liberal: norma suprema, separación de poderes, cúspide del sistema de fuentes.
 - Además, la Constitución se convierte en una norma, pero NO en una norma más, sino en una norma que puede ser aplicada por los Jueces de manera directa.
 - Se redefinen los derechos fundamentales y el concepto de democracia.
 - Es un "metaderecho" (según Martínez de Pisón), es decir, "un derecho sobre el derecho".
 - También se redefine la regla de las mayorías (esencial a la democracia), precisamente, a través de los derechos fundamentales. El sistema democrático supone alternancia de poderes. Todos ellos deberán de RESPETAR la Constitución.

-EL REPLANTEAMIENTO DEL VÍNCULO ENTRE LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:

• **Democracia y derechos fundamentales:**

- La CE requiere un apoyo de 3/5 partes de las Cámaras para su reforma.
- Esta extrema rigidez, presenta la ventaja de singularizar a la Constitución y a sus valores.
- Tiene el inconveniente de fijar de manera demasiado estable el elenco de derechos, sin tener en cuenta la mutabilidad a que todo sistema democrático debería estar abierto.

• **Derechos insaciables:** Para Anna Pintore, el precio que se paga por interpretar la relación entre derechos fundamentales y democracia es muy alto, puesto que la difícil tensión entre el procedimiento formal en que se resuelve en última instancia la democracia, y el contenido que yace en los derechos fundamentales, se rompe al primar absolutamente el segundo a costa del primero. Este aspecto entraña sacrificar el significado mismo de democracia en sentido etimológico, al establecer de manera prácticamente inalterable el contenido de los derechos, es decir, ello supone menoscabar la libertad de decidir de la voluntad general.

• **Problema de derechos insaciables:** Anna Pintore critica la opinión de Ferrajoli.

- Para ella, estos derechos destruyen la Democracia, puesto que existen derechos absolutos (fundamentales) que rara vez se pueden alterar.
- Además, imposibilita contemplar otros derechos fundamentales que aún no lo tenemos como tales porque ni lo conocemos.
- Critica a Ferrajoli que parece haber realizado una reducción de tipo ontológico de los derechos fundamentales, en la medida en que éstos carecen de realidad, al ser la mera exposición de unos principios previos al ordenamiento jurídico.

• **La intangibilidad de los derechos fundamentales:** Con todo, esto NO quiere decir que los derechos fundamentales sean intangibles, pues:

- Ferrajoli aclara que los derechos fundamentales son intangibles en el sentido de indisponibles (NO enajenables).
- Por eso son Universales.
- Para Ferrajoli, las mayorías fuertemente cualificadas NO son un obstáculo insalvable, sino sólo un control necesario para evitar que la eventual modificación importante del contenido de los derechos sea abordada por una mayoría política insuficiente.
- De ese modo, la intangibilidad es relativa, puesto que un consenso parlamentario reforzado puede modificar la parte dogmática de la Constitución (tan sólo están a salvo contra veleidades del legislador de turno).



9. PRINCIPIOS, NORMAS Y VALORES (II). EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

-EL SENTIDO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: Debemos distinguir 2 conceptos:

- 1) **La justicia constitucional**
- 2) La **jurisdicción constitucional**, encomendada a un órgano judicial específico.
- **Primeras formas de control (aplicación de jueces y tribunales):** Desde el comienzo de la Revolución Francesa existieron en el sistema continental medios que permitían controlar la manera en que los jueces y tribunales aplicaban las leyes:
 - 1) **El référé législatif:** era un órgano parlamentario de control judicial que perseguía poner a salvo las leyes de la República frente a su posible interpretación tendenciosa por los jueces (prohibida por la mentalidad de carácter positivista).
 - 2) **Tribunal de Cassation:** junto al **référé législatif** operaba el Tribunal de Cassation. Ambos se caracterizaban por ser órganos a mitad de camino entre un Tribunal Supremo y un Tribunal Constitucional y estaban vinculados al poder legislativo.
 - **FIN:** -Mantener el sentido último del ordenamiento jurídico revolucionario
-Defender la Constitución preservando la ley a través de órganos vinculados al legislativo.
 - **Concepción de la Constitución** = Norma suprema de la jurídico. NO era, como lo es hoy, una norma directamente aplicable, sino una norma relativa a la organización y distribución del poder.
- **El Cambio de rumbo:** El fin del modelo revolucionario y la progresiva desaparición del recelo hacia los jueces dieron lugar a sistemas de control constitucional radicalmente distintos.
 - La jurisdicción constitucional fue introducida por 1º vez en el sistema continental a través de la Constitución austríaca de 1920.
 - La jurisdicción constitucional somete la interpretación de la Constitución a la intervención de un órgano judicial específico (Tribunal Constitucional).
 - La Constitución se limitaba a la organización del sistema jurídico, la descripción de los poderes que lo componían, de su funcionamiento y las relaciones entre ellos.
 - En esa primera configuración, el Tribunal Constitucional NO pretendía juzgar la adecuación de las normas a los contenidos materiales de la Constitución, si no la validez de aquellas normas.
- **Un nuevo modelo de Constitución: “El modelo rígido”:** En este modelo los tribunales constitucionales emiten juicios de constitucionalidad sobre la adecuación de las leyes a los principios constitucionales, frente al juicio sobre la validez de las leyes concretas que caracterizaba al primer tipo de Tribunal Constitucional.

-LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN: Una de las consecuencias del nuevo modelo constitucional es el carácter de norma directamente aplicable de la Constitución, con independencia de las leyes que la desarrollan.

- La eficacia directa es algo inseparable del modelo de Constitución rígida.
- Esta definido en los propios derechos fundamentales que podemos clasificar en 2 grupos:
 - 1) **Derechos fundamentales**, recogidos en el Capítulo II del Título I. Aplicables sin necesidad de Leyes. Recurribles a Derecho de amparo (14-29 CE).
 - 2) **Principios rectores de la política social y económica**, recogidos en Capítulo III del Título I. Deben ser desarrollados por Ley (no son directamente aplicables a través de la Constitución).

- La propia esencia del modelo rígido de Constitución implica que es directamente aplicable, pero también permite se realice un juicio sobre el ajustamiento material de una ley a la Constitución.
- Este juicio sólo resulta posible en un derecho por principios (en el cual el papel de la ley está en crisis).
- **El ejemplo del servicio militar:** se trata de un ejemplo de esta aplicabilidad directa.
 - Durante los años en que existía el servicio militar, pero aún NO había sido desarrollado legalmente el derecho a la objeción de conciencia reconocido en la CE, se aplicaba directamente dicho derecho sin necesidad de desarrollo legal.

-EL JUICIO DE PONDERACIÓN: el principio de aplicabilidad directa que ofrece nuestra Constitución ha transformado radicalmente la categoría fundamental de la interpretación jurídica desde los tiempos del primer positivismo. En el positivismo era característica la subsunción, mientras que en un derecho por principios es característica la ponderación como criterio de interpretación jurídica.

- En caso de contradicción entre dos o más principios, es necesario establecer una relación de preferencia entre ellos, sin excluirlos (según Prieto). Esta ponderación se presenta en dos casos:
- 1) **Ponderación por el TC:** el TC ha ejercido la ponderación en numerosas ocasiones en caso de conflicto entre distintas aplicaciones de principios. Puede provocar la inconstitucionalidad de leyes, como el caso de la LO de Armonización del Proceso Autonómico (caso evidente de ponderación entre los principios de igualdad y de autonomía, resuelto a favor del segundo).
- 2) **Ponderación por los jueces ordinarios:** es cuando el juez recurre a principios para inclinarse a favor de un u otro en el caso concreto, porque esa ley NO parece salvaguardar adecuadamente los derechos en conflicto (p. e. entre el principio democrático y el de mérito). No obstante, la necesidad de interpretar las normas conforme a la Constitución no libera al juez de la vinculación a la ley, es decir, sólo se determina argumentativamente cuál de los principios que la informan prevalece. Por tanto, la ponderación de principios disminuye la importancia de la subsunción pero no la elimina.
- **¿Puede defenderse aún, en Estados constitucionales, la aplicación meramente subsuntiva del Derecho?** Parece claro que no. Cada época construye sus mitos.
 - El mito de la ley general y abstracta, y el de la aplicación meramente subsuntiva, corresponden a una época que salía del Antiguo Régimen y deseaba creer en el juez como boca de la ley.
 - Sin embargo, esto originó más tarde problemas jurídicos y por eso esta línea ya ha desaparecido.
 - En la actualidad el Derecho es a través de principios. La diferencia es que hoy ya NO se considera posible la reducción a un único principio formalizador como el de la voluntad general.
 - La reducción a un único principio formalizador como el de la voluntad general hacía que el contenido de toda ley fuera irrelevante debido a su legitimidad de origen y a que el juez no pudiera interpretarlo, ni mucho menos contradecirlo, pues todo principio que se pretendiera invocar quedaría reducido a dicho principio formalizador de la voluntad general.

-EL ACTIVISMO JUDICIAL Y SUS RIESGOS PARA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

- El activismo Judicial se define como la ponderación directa por parte del Juez ordinario invocando directamente los principios constitucionales, incluso en contra de la ley que deba aplicarse al caso.
 - El Juez limita a los demás poderes del Estado a través de la aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales.
 - Y Reclama un mayor protagonismo de los Tribunales.
 - Se trata de un fenómeno judicial manifestado de manera tanto internacional como nacional.
- **Ventaja:** supone la posibilidad de un juicio de equidad en casos difíciles, que permita sustituir la forzada generalidad de la ley por un ajustamiento de los principios constitucionales que deben inspirarla.
- **Inconveniente:** en nombre de esa supuesta mayor justicia, la preterición de la ley por parte del Juez podría llevar a una extrema inseguridad jurídica.
- **Opiniones de Autores:**
 - Ferrajoli dice que la sujeción del Juez a la ley ya NO es literaria ("letra de la ley" como en el positivismo), sino por la coherencia con la Constitución.
 - Buena parte de la doctrina se muestra de acuerdo al respecto de Ferrajoli.
- **Posibles problemas:**
 - La ponderación directa de los derechos fundamentales puede suponer un peligro que comporta su utilización *extra legem* no es pequeño, invocando al juicio de equidad en función de las peculiaridades del caso.
 - No obstante, las Constituciones reconocen el principio de legalidad y someten a él a todos los poderes públicos, incluidos los Jueces.
 - Por tanto, es posible que la ponderación NO sea la antítesis de la subsunción, sino otra manera de subsumir más acorde con la evidencia de que el ordenamiento jurídico no puede ser reducido a la ley y que la Constitución, al tener un carácter normativo, es directamente aplicable.

10. TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA JUSTICIA

-LA LIBERTAD DE LOS ANTIGUOS Y LA LIBERTAD DE LOS MODERNOS: En 1819, Benjamín Constant pronunciaba una conferencia titulada "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos". En esta conferencia, **B. Constant** planteaba esta distinción como útil para justificar los logros de la Revolución francesa en orden al disfrute de una libertad política, desconocida hasta ese momento, y que se materializaba en 2 formas:

- 1) En la **proclamación y garantía de las libertades individuales.**
 - 2) En el **establecimiento del gobierno propio del modelo liberal de Estado.**
- Constant defiende la libertad de los modernos frente a la libertad de los antiguos y las compara críticamente:

LIBERTAD DE LOS ANTIGUOS	LIBERTAD DE LOS MODERNOS
<ul style="list-style-type: none">-Es un Modelo de justicia comunitarista.-Incorpora la Tradición.-Su base consiste en la concepción aristotélica del cuerpo social como algo dado de modo natural, en el cual no es concebible una existencia personal que no se vea continuamente referida a lo político.-NO admite escisiones entre lo público y lo privado.-El individuo es la sociedad (polis) (concepción aristotélica).	<ul style="list-style-type: none">-Es un Modelo de justicia liberal.-Incorpora la tradición individualista de la Ilustración.-El modelo liberal-individualista se basa en una escisión y disgregación de un modelo feudal (en una reducción producida al quebrar la forma social de la Edad Media, basada fundamentalmente en el modelo aristotélico).-Admite escisiones públicas y privadas.-El individuo es la persona.

- Este análisis requiere un tratamiento teórico interrelacionado con él, que nos permita entender estos dos conceptos como esenciales a la justicia política, y no sólo como concreciones temporales de la materialización de la libertad en dos momentos históricos concretos.
- Bajo los conceptos libertad de los antiguos y libertad de los modernos subyacen 2 formas de pensamiento procedentes de sendas tradiciones filosóficas que permiten considerar estos dos conceptos como dos modelos radicalmente diferentes de la justicia.
- Estos dos modelos han servido como plantilla para sendas formas de comprender la justicia que ha llegado hasta nuestros días, incorporada a diferentes modelos de la justicia política, en concreto, a la justicia liberal y a la justicia comunitaria.

-FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LOS MODELOS DE JUSTICIA INDIVIDUALISTA Y COMUNITARISTA: B. Constant parte de 2 afirmaciones:

- 1) Establece que el gobierno representativo es el único que, frente a otras formas de gobierno, puede proporcionar "cierta libertad y tranquilidad".
- 2) Reivindica la libertad de los modernos como un logro indiscutible de la Revolución (sin precedente histórico en ninguna organización social anterior). Exceptúa de esta afirmación a la polis ateniense, que la reconoce como el Estado antiguo que más se aproxima a los Estados modernos.
- Para B. Constant lo importante es distinguir entre el ámbito de lo público (libertad pública o colectiva) y de lo privado (libertad privada o individual).
- Los modelos de la libertad de los antiguos y de la libertad de los modernos NO surgen de la nada, sino que son generados por situaciones históricas.

-La libertad de los antiguos era especialmente apta para los modelos sociales en los que estuvo vigente, creado en comunidades antiguas.
 -El individuo era sólo importante frente a la comunidad.
 -La Guerra era su vehículo para conseguir el progreso social de pequeñas comunidades con necesidades de expansión (comercio era inaceptable y la riqueza residía en la propiedad de la tierra).
 -Los periodos de entreguerras era un tiempo de inactividad, que se llenaba con el ejercicio de las diferentes funciones públicas.
 -Su objetivo era REPARTIR el poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria (a eso era a lo que llamaban libertad).
 -La principal libertad era la política.

-Las sociedades modernas son extensas.
 -La importancia del individuo disminuye frente a los poderes públicos y se pierde el sentido de colectividad. La importancia del individuo disminuye en lo que se refiere a su participación en la vida pública.
 -El nuevo modelo elige el comercio como medio idóneo para la consecución del progreso social (no la guerra y las tierras).
 -El comercio NO proporciona periodos de inactividad por lo que la posibilidad de participación activa en la vida pública se ve ya no sólo mermada, sino prácticamente imposibilitada.
 -Las sociedades modernas se han visto obligadas a establecer un sistema de representación que haga compatible el ejercicio de la soberanía de los ciudadanos en la vida pública.
 -Y a su vez un sistema de libertad del propio individuo (Debilitamiento de la identidad de grupo).
 -El objetivo es la SEGURIDAD del individuo y sus disfrutes privados (eso es la libertad para nosotros).
 -La libertad era la política es una libertad más de todas las que existen en la libertad del individuo.

- Estas afirmaciones nos conducen al establecimiento de 2 nuevos conceptos bien diferenciados por lo que respecta a la libertad política.
- La libertad política se fundamenta en la distinción entre el ámbito de lo público y de lo privado:
 - 1) La libertad política como la realización de la libertad en el ámbito de la vida pública (libertad pública *stricto sensu*).
 - 2) La libertad política como la realización de la libertad en el ámbito de la vida privada (libertad individual).
 - 3) La libertad política como una realización entre ambas.
- Esta diferencia en el concepto de libertad afecta de una manera directa a dos conceptos políticos fundamentales: la soberanía y la forma de gobierno.

SOBERANÍA PÚBLICA

-La soberanía corresponde a todos y cada uno de los componentes del grupo social.
 -Sólo son soberanos para los asuntos públicos, puesto que en su vida privada son súbditos del cuerpo social y de su voluntad colectiva.
 -En este punto, Constant critica a Rousseau, especialmente a su concepto de voluntad general, por la que cada uno, ya que participa en su formación, al someterse a ella es igualmente libre.

SOBERANÍA PRIVADA

-La soberanía privada es simultánea a la soberanía pública.
 -Cuando la soberanía se concreta fundamentalmente en el ejercicio de las libertades individuales se produce un equilibrio en la realización de la libertad que colma el espectro que va de la vida pública a la vida privada o, lo que es lo mismo, del ciudadano y del individuo.

-**FORMA DE GOBIERNO:** Para poder armonizar la realización simultánea de la libertad pública y privada, de modo que la soberanía corresponda a los componentes del grupo social en tanto que individuos y en tanto que ciudadanos, era necesario encontrar un medio capaz de canalizar la participación ciudadana en los asuntos públicos a través del mecanismo de la representación.

-En sociedades dedicadas a la industria y el comercio NO queda suficiente tiempo para dedicarlo a los asuntos públicos.

-La representación es el mecanismo como participa en la vida pública.

-¿Este sistema es capaz de suplir la participación directa?

11. LOS MODELOS PROCEDIMENTALISTAS (J. RAWLS)

-**PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE RAWLS:** J. Rawls fue uno de los autores más importantes de la filosofía moral y política del siglo XX. Él empleó los siguientes argumentos:

- Su pretensión es **conseguir una teoría de la justicia fundada en la razón práctica** y NO en la razón científicista.
- Utiliza como ideas fundamentales las ya elaboradas por los grandes teóricos clásicos del contractualismo (Rousseau y Kant). Pacto o contrato es fruto de las negociaciones de los seres humanos y la fuente de los derechos.
- Además, eleva el grado de abstracción del contractualismo tradicional, dando origen al **necontractualismo**, puesto que incorpora ciertos elementos originales:
 - La posición original / El velo de la ignorancia / La regla del maximin / El consenso cruzado.

-**TEORÍA DE LA JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD (constitución política):** John Rawls elabora una teoría de la justicia que denomina "justicia como imparcialidad".

- Objetivo:** estudiar la **estructura básica de la sociedad.**
- La Estructura básica de la sociedad **DEBE SER JUSTA.**
- DESCANSAR** sobre determinados **PRINCIPIOS** de justicia.
- Es una teoría de **TIPO FORMAL** o procedimental (aproximación al modelo kantiano).
- Se aproxima al modelo kantiano porque **REDUCE el BIEN** (criterio material) a lo **JUSTO** (criterio formal).
- Parte del supuesto de que los seres humanos son sujetos racionales (razón práctica) y poseedores de una idea de la justicia.
- Estas características hacen que el ser humano sea capaz de defender sus intereses y de llegar a consensos y acuerdos (bajo unas condiciones mínimas que estén dispuestos a aceptar).
- Se refiere a las sociedades democráticas y pluralistas occidentales de la actualidad, cuyo marco teórico intentan proporcionar.
- Perfila una noción de la justicia NO METAFÍSICA, que busca delimitar el mínimo de una noción de la justicia asumible por todos los miembros de la sociedad política, de modo que ningún modelo concreto de vida buena sea tenido en cuenta.
- Es heredera de otros modelos (fruto de la unión del modelo de polis griega con el sentido de justicia liberal):
 - La polis griega y su igualitarismo ("justicia de los antiguos").
 - La concepción liberal de los derechos y el individualismo del mundo occidental ("justicia de los modernos").

-**UTILITARISMO Y TEORÍA DE LA JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD:** el utilitarismo es una teoría teleológica porque hace depender lo correcto de lo bueno, "lo que se debe hacer" de la determinación de los bienes valiosos. Por ello propugna que "debe hacerse lo que maximice el bien para la mayoría".

• **Utilitarismo clásico:** para esta escuela el bien se define como la satisfacción del deseo, tanto si se toma en cuenta a cada individuo como a la sociedad y, por tanto, una sociedad será tanto más justa cuanto más sea capaz de obtener la mayor suma de satisfacción de los deseos del mayor número de individuos.

• **Es una teoría igualitaria**, ya que lo que establece como justo es aquello que así es considerado por la mayoría, aunque en la realidad pueda implicar consecuencias injustas para minorías (al adoptar criterios que discriminen a ciertos individuos por razón de sexo, raza o religión).

• **Teoría de la Justicia como imparcialidad**: Rawls pretende mostrar su teoría como imparcial. Le atribuye una perfección en su forma y en la equidad que teóricamente genera. Para justificar este extremo, establece los paralelismos y las diferencias entre:

TEORÍA UTILITARISTA	TEORÍA DE LA JUSTICIA
<ul style="list-style-type: none"> -Es una teoría TEOLÓGICA. -Hace depender lo justo de lo bueno (entendiendo por bueno aquello que es considerado por mayoría). -Sus criterios NO son universales y objetivos frente a la Autonomía MORAL. -Considera sacrificables los intereses que NO sean generales (de individuos o minorías). -El individuo es un fin (NO un fin en si mismo). -Los utilitaristas buscan la correspondencia de sus juicios con un cierto sentido material de las cosas, en este caso, la máxima utilidad para el máximo de individuos. 	<ul style="list-style-type: none"> -Es una teoría DEONTOLÓGICA e imparcial. -Separa lo bueno de lo justo ---> para evitar caer en argumentos arbitrarios y subjetivos. -Sus criterios son universales y objetivos frente a la Autonomía MORAL. -NO considera sacrificables los intereses de individuos o minorías. -El individuo es fin en si mismo. -Los derechos y libertades fundamentales NO están sujetas al regateo político ni al cálculo de intereses sociales. -Los procedimentalistas construyen dicho orden a partir de un procedimiento capaz de entrecruzar los distintos intereses en juego para neutralizar los supuestos valores previos a dicha deliberación. -Para Rawls NO hay nada relevante a los efectos de cualquier teoría de la justicia antes del procedimiento.

-**LA POSICIÓN ORIGINAL DE LA JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD**: El acuerdo relativo a los términos básicos de la asociación política debe cumplir 2 presupuestos (**posición original**):

- 1) Se adopta entre individuos considerados como personas racionales y autointeresadas.
- 2) Se adopta entre personas que están en una posición de igualdad.

• La posición original NO ha de ser tenida por una situación real, sino hipotética (como si se dieran efectivamente sus condiciones).

-4 CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE SU TEORÍA:

- **1) La posición original**: es una situación hipotética inventada por Rawls para reflejar que los principios de libertad e igualdad serían la manifestación de una sociedad democrática, sustentada en la cooperación libre y justa entre los ciudadanos.
 - Por tanto, la situación de posición original es aquella en la que los individuos profesan, en condiciones de igualdad, determinadas creencias o ideologías sobre lo que entienden por vida buena.
 - No obstante, la pluralidad de pensamientos **IMPIDE** que una de estas doctrinas se imponga sobre las demás.
 - El objetivo es establecer unos principios de justicia que puedan ser aceptados por todos.
- **2) El consenso cruzado**: la Teoría de Rawls es una concepción política de la justicia en apoyo de un consenso entrecruzado de doctrinas religiosas, filosóficas y morales. Si se llega a un consenso, se otorga estabilidad a esa comunidad.
 - Esta teoría **NO se compromete con ninguna ideología política o religiosa**.
 - Sino que se limita a elaborar una visión razonable de la estructura básica de la sociedad.
- **3) El velo de la ignorancia**: la posición original las partes están situadas bajo un velo de ignorancia, puesto que nadie conoce su lugar en la sociedad.
 - La opción de Rawls es de una doctrina de la justicia puramente procedimental en la que

los principios que se adopten puedan ser considerados justos en la medida en que se haya respetado el procedimiento para acordarlos.

- Para lograr un procedimiento justo es necesario que las partes **NO tomen en consideración sus creencias personales** a la hora de establecer los principios de la justicia.
- Este elemento supone aceptar el postulado de que las partes en la posición original desconocen cómo les afectarán, por eso deben elegir teniendo en cuenta los intereses generales.
- Así podrán ser lo más imparciales posibles.
- Este concepto nos remite a Kant, en particular, a su noción del imperativo categórico.
- Se trata de pensar las máximas que deben regir la conducta como leyes universales.
- Se consigue **estabilidad gracias a 2 los principios**:
 - A) **Principio de igualdad (equidad)**: todas las personas son iguales en orden a exigir un esquema adecuado de derechos y libertades básicos iguales (función civil y político).
 - Este principio prevalece sobre el segundo.
 - B) **Principio de diferencia (función económico y social)**: siempre existen desigualdades sociales y económicas, pero deben acatar estas 2 condiciones:
 - 1) Deben estar vinculadas a posiciones y cargos abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades.
 - 2) Deben promover el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad.
 - La importancia del principio de diferencia estriba en que es capaz de buscar la situación más igualitaria compatible con la regla de unanimidad.
 - Una vez acordados, los principios son definitivos y no pueden ser puestos en cuestión cuando el resultado a que lleve su aplicación no resulte del agrado de los participantes.
- **4) La regla del maximin**: consiste cuando el principio de la libertad y el principio de la diferencia se combinan para dar la solución máxima a un determinado problema (p. e. Justicia Social).
 - Se designa con el nombre de maximin, puesto que los miembros escogen la disposición que "maximiza su parte mínima".
 - Si dos concepciones de la justicia están en conflicto, y una de ellas hace posible una situación que alguien NO pueda aceptar, mientras que la otra excluiría esta posibilidad, entonces la segunda prevalecerá.
 - En una sociedad que se declarase públicamente utilitarista, NO se podría argumentar frente a los más desfavorecidos otra cosa que el bienestar más elevado del conjunto, lo que no parece un argumento mínimamente convincente cuando se esgrime ante sujetos autointeresados. De hecho, un sistema únicamente utilitarista tendría problemas si decidiera hacer públicos sus criterios de distribución.
 - **Conclusión**: Se trata de una síntesis de las dos tradiciones políticas:
 - 1) El liberalismo (garantiza libertades políticas).
 - 2) La socialdemocracia (garantiza la igualdad de oportunidades y redistribución de la riqueza).

PREGUNTA	RESPUESTA DE RAWLS
¿De qué manera es posible asegurar la equidad (llegar a un acuerdo capaz de ordenar con justicia las instituciones)?	-Mediante la posición original. -El consenso entrecruzado. -Y el velo de la ignorancia.
¿Qué principios escogerían los participantes bajo el velo de la ignorancia?	-A través del principio de igualdad. -Y del principio de diferencia.
¿Qué argumento sería preciso para convencer a los participantes de forma que eligieran por unanimidad dichos principios?	-Mediante la regla del maximin.



12. LOS MODELOS PROCEDIMENTALISTAS: HABERMAS

-LA RAZÓN COMUNICATIVA: El filósofo alemán J. Habermas también elaboró una teoría de la justicia con las siguientes constantes:

- **1) La crisis de las filosofías con pretensiones de dar una visión integrada e integradora:** esta constante se refiere a la crisis de las filosofías de base teológica o metafísica.
 - Para Habermas es imposible constatar toda forma de definición ontológica de lo bueno o de lo justo (coincide con Rawls).
 - NO existe reflexión alguna sobre la naturaleza humana.
 - Lo justo puede ser referido a la VERDAD y a lo BUENO.
 - NO existe una VERDAD absoluta, sino concepciones sobre ella (Rechazo de las explicaciones ontológico-metafísicas). Por ello es necesario CONFRONTAR las ideas.
 - RECHAZO de la ONTOLOGÍA y de los modelos de tipo TEOLÓGICO-religioso (pues ambas proporcionan verdades absolutas y visiones del mundo muy rígidas). En este rechazo Habermas también se aproxima a Rawls.
- **2) La crisis de legitimación del Estado contemporáneo:** es consecuencia de determinados factores que amenaza con acabar con la legitimidad de los sistemas jurídicos:
 - A) De la desintegración de ciertos factores de unidad que ayudaron históricamente a respaldar las normas jurídicas. Las viejas ideas nacionales NO cumplen ya adecuadamente esta tarea legitimadora.
 - B) De nuevos factores de inestabilidad. La permeabilidad entre culturas y los inevitables roces entre ellas.
 - **Solución:** Según Habermas, la solución empieza por establecer un espacio común de concurrencia de todas las visiones posibles para NO excluir por principio ninguna de ellas.
- **3) La incapacidad del positivismo jurídico:** como ya hemos visto, el positivismo jurídico fue un pensamiento filosófico que pretendía proporcionar una explicación NO teológica NI metafísica a todos los problemas, incluido al de la justicia de las normas (**modelo científico-tecnológico**).
 - Para Habermas, el positivismo NO es una solución, pues se despreocupa de los problemas sociales y de los valores humanos.
 - Además, imposibilita un discurso sobre lo justo, porque lo justo se entiende, a su vez, reducido a la norma jurídica que debería conducir a ello.
 - Es una postura filosófica que actúa a modo de ingeniería social para cuestiones humanas.

-TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA: es la gran aportación teórica de Habermas para solucionar el problema de esta crisis.

- Es una teoría que **busca la RAZÓN PRÁCTICA.**
- Es una teoría **heredera de filosofía práctica kantiana.**
- La diferencia entre Kant y Habermas es que Kant plantea la teoría moral desde el monólogo (el sujeto construía su universo moral desde y para sí mismo), mientras que la razón práctica de Habermas tiene un uso comunicativo.
- A través del dialogo y confrontación de ideas entre individuos y el ámbito público se llega al consenso universal entre los sujetos que intervienen en ella (**pragmática universal del lenguaje**).
 - **Es Pragmática**, porque su uso NO es teórico (descubrir lo verdadero y refutar lo falso), sino que propone lo más aceptable por la comunidad de hablantes.
 - Es **Universal** porque Habermas considera que la función comunicativa es esencial al len-

- guaje humano. Nadie puede sustraerse a ella y todos pueden participar de ella.
- Esta teoría da más importancia al HECHO que a la teoría y contenido del discurso.
- La clave está, por tanto, en el DIÁLOGO del discurso, más que en la materia concreta de cada uno de ellos (**reduccionismo formal de tipo intersubjetivo o prodimentalista**).
- Hay que renunciar a la pretensión de una VERDAD ÚNICA.
- El FIN es buscar un ACUERDO para generar NORMAS válidas para todos.
- Habermas estima que el lenguaje humano sólo es concebible como herramienta de entendimiento. Esta es su función primordial, la cual puede o no alcanzarse.

-LA POSTURA RADICAL DE HABERMAS: Para Habermas, el fin de la pragmática universal NO debe ser cualquier acuerdo. Se niega a aceptar que los intereses estrictamente individuales o los fines colectivos sean una forma argumental.

- Este argumento es similar al empleado por J. Rawls en su crítica al utilitarismo.
- En ambas corrientes filosóficas se defiende que existen PRINCIPIOS que NO pueden ser negociados y sacrificios (p. e. Derechos fundamentales) en voluntad de una mayoría, del libre mercado, etc.
- Gracias a este precepto, podemos decir que Habermas rechaza la visión del liberalismo burgués clásico. Lo social, como una multiplicidad de individualidades autónomas relacionadas entre sí, para la que todo planteamiento de una justicia situada más allá de este marco elemental se consideraba una interferencia en la libertad individual.
- Habermas se enfrenta también, por el lado opuesto, a la visión del comunitarismo que plantea el discurso sobre la justicia en términos de vida buena o de virtudes éticas que van más allá de lo individual.
- En esta equidistancia entre el universalismo meramente abstracto de los derechos (**liberalismo kantiano**) y el particularismo de los modos de vida y de los bienes concretos (**comunitarismo**), es donde Habermas **sitúa la necesidad y la utilidad de una pragmática universal que busque las condiciones del uso pragmático del lenguaje y una razón práctica.**

-FACTICIDAD Y VALIDEZ: El núcleo duro de la posición habermasiana viene dado por la necesidad de ligar los dos ámbitos siguientes:

- 1) El de la **capacidad del Estado para imponer sus normas.**
- 2) El de la **necesidad de fundamentar las normas** sin recurrir a las explicaciones tradicionales (sean naturalistas o positivistas).
- La vinculación entre ambos ámbitos viene dada por los **derechos fundamentales.** Para él, estos derechos NO son derecho natural (iusnaturalismo clásico), sino que sólo son concebibles cuando existe una Constitución, unos ciudadanos y un Estado de Derecho.
- Esta unión ha sido fruto de 2 circunstancias: 1) la enorme complejidad del aparato estatal y 2) la tendencia a generar áreas de la realidad social de modo artificial.
- Por tanto, los derechos fundamentales son el instrumento necesario para mediar entre 2 distintos ámbitos (función del Derecho):
 - **Ámbito de la Validez:** necesidad de que toda norma se imponga desde una aceptación racional por parte de sus destinatarios, que valga racionalmente para ellos.
 - **Ámbito de la Facticidad:** puro hecho de que el Estado se halla generalmente en condiciones de imponer coactivamente la obediencia a sus normas.
- **Conclusión:** Habermas sostiene la imposibilidad de separar Derecho y moral al modo positivista. El autor habla expresamente de "complementación" entre moral autónoma y derecho positivo (ninguno está subordinado al otro).



-PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA HERMENÉUTICA:

- Las **reducciones de tipo ontológico** defienden la existencia de un supuesto ser real del Derecho, separado de las distintas formas de abordarlo, de modo que lo importante es el ser del Derecho y no su ser dicho.
- En sentido contrario, para las **reducciones de tipo epistemológico** lo importante es lo dicho del derecho sobre su supuesta realidad. La hermenéutica refuta esta escisión.
- La hermenéutica entiende que ser y decir se dan íntimamente trabados, que lo se dice remite a una realidad y que toda realidad, a su vez, sólo puede ser comprendida cuando es dicha. Además, se deben cumplir 2 condiciones:
 - 1) La realidad NO puede ser sustituida por una de las formas de decirla (como hace, por ejemplo, el positivismo normativo, al equiparar el ser del derecho a la norma, que no es sino uno de los modos de decirlo).
 - 2) Las formas de hablar sobre la realidad NO pueden ser sustituidas por una supuesta realidad separada del lenguaje (como pretenden las corrientes emotivistas del derecho al afirmar que NO cabe ningún conocimiento de éste con arreglo a ningún sentido).
- La hermenéutica pretende recuperar así la relación de lo dicho con el ser.
- Aunque NO olvida que el ser NO puede ser reducido al lenguaje. Por tanto, la hermenéutica la podemos entender como una disciplina que tiene en cuenta tanto el plano ontológico como el plano epistemológico.

-COMPRENDER Y EXPLICAR. LA HERMENÉUTICA NO ES SÓLO UNA EPISTEMOLOGÍA: La hermenéutica NO parte del presupuesto básico de las teorías puramente epistemológicas que arrancan de una supuesta **situación ideal de conocimiento** (la razón teórica de los positivistas) o **de comunicación** (la razón práctica de algunos procedimentalistas).

- El punto de partida es anterior y más inmediato, puesto que para la hermenéutica el sujeto y el objeto de conocimiento, antes de ser tales, son 2 seres que existen realmente y que se relacionan entre sí inmersos en un mundo de tradiciones y modos culturales que ambos comparten.
- Ahora se manifiesta en una nueva dualidad, capital en las llamadas “ciencias humanas”: **comprensión-explicación.**
 - El **plano ontológico** es aquél que pregunta por el SER de las cosas y por lo que éstas son. En el contexto hermenéutico, este plano es fundamental para comprender las cosas.
 - El **plano epistemológico** es aquel que se pregunta por si podemos conocer las cosas y bajo qué criterios. En el contexto hermenéutico este plano corresponde a la explicación.
- Para comprender es necesario explicar y, a la inversa, para explicar nos hace falta comprender previamente de algún modo, en terminología hermenéutica, pre-comprender.
- Por tanto, **comprensión y explicación** constituyen los dos momentos **inescindibles** (no se pueden dividir) y **recíprocos** del saber hermenéutico. Por ese motivo, la hermenéutica NO puede ser catalogada como una mera epistemología.

-LA VERDAD Y EL MÉTODO. LA HERMENÉUTICA NO ES SÓLO UN MÉTODO:

- **Noción de verdad:** este término hace referencia al aspecto ontológico, es decir, a aquel que se pregunta por el ser real de las cosas.
 - La hermenéutica sostiene que ninguna forma de conocimiento se da con abstracción de su

referente histórico. Siempre es un sujeto histórico inmerso en tradiciones, formas culturales, prejuicios, etc., el que comprende, y comprende a partir de todos ellos.

- **Noción de Método:** hace referencia al aspecto epistemológico o explicativo, es decir, al modo que permitiría conocer esa relación fundamental de pertenencia a la experiencia.
 - La hermenéutica **NO rechaza el método, ni el conocimiento científico.**
 - Sólo se opone a la pretensión de reducir toda verdad a un proceso de conocimiento (como pretendían los positivistas y sus criterios científicos-tecnológicos).
 - Los **términos explicar y comprender** son capitales para el correcto entendimiento de la hermenéutica. Ambos designaban 2 campos distintos, enfrentados:
 - A) El **término explicación** designaba la tesis de la **no diferenciación**, de la continuidad epistemológica entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del hombre, así como la supeditación de las ciencias del hombre a las ciencias de la naturaleza.
 - B) El **término comprensión** vindicaba la **irreductibilidad y especificidad de las ciencias del hombre.**
 - En consecuencia, representaban 2 modos incompatibles de inteligibilidad:
 - **La explicación encontraba su campo paradigmático de aplicación en las ciencias naturales:** Su objeto específico lo constituía la naturaleza, entendida como el horizonte común de hechos, leyes y teorías, hipótesis, verificaciones.
 - **La comprensión encontraba su campo paradigmático de aplicación en las llamadas “ciencias humanas”:** Su criterio científico quedaba reducido al conocimiento de la experiencia de otros sujetos.
 - A mediados del siglo XIX, la cuestión filosófica por excelencia consistía en saber si las ciencias eran exclusivamente ciencias de la naturaleza o también “ciencias” del espíritu o de la cultura.
 - A finales del XIX y comienzos del XX, W. Dilthey intentó dotar a las “ciencias” del espíritu de una respetabilidad igual a la de las ciencias natural-explicativas. Para ello tomó el conocimiento histórico como modelo de las ciencias humanas o del espíritu, tan denostado por los positivistas a causa de la dificultad de encontrar en él criterios de objetividad.
 - De este modo, Dilthey pretendía conferir a las “ciencias” del espíritu un estatuto objetivo, científico, que permitiese objetivar, de un modo similar a como se objetivan los hechos en las ciencias naturales, las experiencias vitales de los grandes creadores o políticos.
 - Se trataba de aplicar a las “ciencias” del espíritu un modelo epistemológicamente tan fuerte como el científico-tecnológico, pero más adaptado a la naturaleza de su objeto, un modelo basado en la interpretación de textos y otros productos culturales que permitieran comprender objetivamente el sentido de todas esas singularidades, conforme al procedimiento elaborado por la hermenéutica tradicional, siguiendo unos criterios similares a los del conocimiento científico-natural, sedimentados en leyes.
 - Con ello se evitaba la asimilación de las “ciencias” del espíritu a las ciencias naturales y a sus reglas o leyes científicas, dejando un margen a las “ciencias” del espíritu para establecer sus propios métodos, su estatuto epistemológico propio.
 - Esta pretensión la cumplía la hermenéutica, que NO es sólo un método, porque toma en cuenta las experiencias vitales irrepetibles, las singularidades o genialidades en las que descansan las “ciencias” del espíritu, inasimilables para los métodos científicos de las ciencias naturales, que no hacen sino reducir la singularidad a lo universal.

-LA OPCIÓN HERMENÉUTICA POR LA VERDAD: Para Gadamer lo propio de las llamadas "ciencias" humanas o del espíritu se halla en esa experiencia histórica ineludible de la que el texto y el intérprete participan, puesto que tanto uno como otro son producto de ella.

- Ello supone la evidencia de que todos nos encontramos, desde el comienzo de nuestra existencia, inmersos en tradiciones y modos culturales.
- Para Gadamer, el aspecto ontológico de la hermenéutica es irreductible a cualquier molde epistemológico (sea naturalista o de otro tipo). Sólo a partir de él se puede hablar de una verdad que él contrapone al método y que presenta los siguientes aspectos:
 - La verdad es siempre lingüística.
 - La verdad escinde arbitrariamente el sujeto del objeto, el intérprete del texto de su autor, el hecho del derecho.
 - La verdad NO se halla determinada de antemano por el método con que nos acerquemos a ella.
- Esta comprensión del ser histórico que somos NO puede en ningún caso quedar reducida a sus solas consideraciones epistemológicas.
- Gadamer reduce así a un modesto papel la cuestión epistemológica concerniente a las llamadas "ciencias" del espíritu, en beneficio de la estructura ontológica del comprender. Las cuestiones de epistemología no son, para él, más que cuestiones derivadas del plano ontológico fundamental.
- Por tanto, la pretensión de la hermenéutica se opone a la de la epistemología positivista.

-EL PREJUCIO DE LA ELIMINACIÓN DEL PREJUCIO: en los años 60 del siglo pasado tuvo lugar un debate que enfrentó a la postura hermenéutica de Gadamer con la epistemológica de Habermas. El Profesor Fernández-Largo resumió ambas posturas de la siguiente forma:

HABERMAS	GADAMER
-Sostiene que <u>NO se puede aceptar la realidad de manera ingenua, como hace Gadamer, sino que es preciso detectar cuanto de ideología y de opresión manipuladora se halla incrustado en los textos históricos, de tal modo que, al desvelar aquellas ideologías, puedan liberarse las fuerzas transformadoras de la realidad.</u>	Para él la hermenéutica <u>NO se justifica porque desenmascare manipulaciones ocultas de poder o formas de esclavitud presentes en las relaciones sociales. Es algo así como aceptar primeramente que NO está en el juego para, eventualmente, poder alterar luego sus reglas. En cambio, prendemos ajenos a él no nos facilita una crítica efectiva, por muy libre de prejuicios que se nos presente.</u>
-Dice que las tradiciones culturales <u>NO deben ser asumidas sin más.</u>	-La reflexión hermenéutica y la conciencia que genera no implican necesariamente conformismos con la autoridad ni la tradición, pero sí contar con ambas y situarse frente a ellas.
-La pureza de la realidad a interpretar debe ser decidida por la comunidad de intérpretes, pero constituye un error darla previamente como supuesta fundándose, como sostiene Gadamer, en que así es la estructura de toda comprensión.	-En la pretensión de hablar desde más allá de los prejuicios, de la experiencia histórica en la que nos encontramos y que nos constituye necesariamente, ya hay un prejuicio: el de que es posible liberarse de él.
La crítica de las ideologías de Habermas, que presenta en su haber el intento de someter a crítica las manipulaciones del lenguaje de la tradición, de la autoridad y del prejuicio por el poder, podría considerarse por sus detractores como un gesto soberbio de desafía dirigido contra las distorsiones de la comunicación humana.	La actitud de la hermenéutica de las tradiciones de Gadamer entraña, según sus partidarios, un gesto humilde de reconocimiento de las condiciones históricas a las que está sometida toda comprensión, pero sus adversarios objetan que asume una tradición como dada, con lo que esto pudiera implicar la renuncia a la liberación de tradiciones ideológicas.

Si optamos por el epistemologismo habermasiano, oponemos al estado actual de la comunicación humana falsificada la idea de una liberación de la palabra, de una liberación esencialmente política, guiada por la idea límite de la comunicación sin trabas y sin distorsiones, que hace abstracción de la experiencia histórica.

Si aceptamos la visión hermenéutica, nos insertamos en el devenir histórico al cual nos sabemos pertenecientes.

- Lo propio de la hermenéutica NO consistiría en oponer cada una de estas posturas (la epistemológica y la ontológica) como si fueran absolutamente independientes, pues cada una habla desde un lugar diferente.
- Lo único que cabe exigir a cada una de ellas es reconocer que la otra también es legítima. Pues como dice Gadamer, "la hermenéutica significa aceptar que los otros puedan tener razón".

-EL SENTIDO DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA:

- Lo jurídico se expresa en textos, que son manifestaciones de un lenguaje fijado para su preservación en el tiempo y en el espacio.
- Sin embargo, esa condición NO lo condena a la estabilidad total, pues el ámbito de lo jurídico es abierto, se proyecta más allá de las situaciones concretas que lo vieron nacer conforme a una visión histórica particular.
- El derecho se actualiza mediante la interpretación.
- En este sentido, la hermenéutica jurídica NO escinde arbitrariamente los diferentes aspectos de lo jurídico: hechos, normas, valores...
- Esa actualización de una norma abstracta es un hecho concreto, efectuada conforme a un valor suprapositivo, permite distinguir los diferentes aspectos de este hecho: las normas, los hechos, los valores, dentro de la unidad compleja que es lo jurídico, cuya realidad está, precisamente, en esa continua vinculación de sus distintos componentes y sin la cual todos ellos tratarían de imponerse unos sobre otros.
- Las normas, los hechos, los valores, son totalmente derecho, pero cada uno en su orden epistemológico propio.
- La hermenéutica se opone a la pretensión de reducir la tarea interpretativa del juez a la simple condición de "boca de la ley".
- Rechaza la reducción del derecho a su sola consideración normativa, pues hay que interpretar en los casos difíciles.
- Se opone igualmente a la reducción defendida por los antiformalistas de comienzos del XX, que minimizaban la importancia de la ley en la decisión judicial. En este caso, la realidad del derecho queda reducida, ya al plano ético, ya al puramente fáctico.
- La hermenéutica NO es sólo un método, y NO lo es por los siguientes motivos:
 - 1) Porque recupera el momento ontológico frente al puramente epistemológico.
 - 2) Recupera la comprensión de lo jurídico dentro de un contexto histórico y cultural.
 - 3) Esta integración implica entender lo jurídico en su permanente actualización, es decir, en la interrelación del elemento objetivo o normativo del texto y de cada uno de los hechos, prácticas, etc., que conforman la historia común de la que participan tanto dicho texto como sus intérpretes, el legislador y el juez, cada uno desde su lugar propio.
 - 4) La hermenéutica jurídica permite entender cada uno de estos aspectos (lo fáctico, lo normativo, lo axiológico) en su orden epistemológico propio, siendo todos ellos realmente derecho.



14. EL RETORNO A LO JUSTO MATERIAL

-INTRODUCCIÓN: LO JUSTO MATERIAL: El objeto de este tema será tratar de dar respuesta a la siguiente a una doble cuestión:

- 1) **Determinar qué se entiende por “lo justo”.** ¿Qué relaciones pueden existir entre lo justo y lo jurídico? ¿Son lo mismo o son cosas distintas?
- 2) **Determinar qué se entiende por el adjetivo “material”.** ¿Cuáles es la materia y la forma de lo justo? ¿Son la materia y la forma dos cosas distintas de la misma cosa?
- Lo justo material y lo justo formal son dos aspectos distintos de una misma cosa.
- Para Aristóteles, resulta imposible reducir a la Justicia en sus componentes materiales o formales. La Justicia aristotélica se caracteriza por la unión entre el aspecto formal y el material.
- El hecho de hablar de “justo material” o de “justo formal”, como si se tratase de dos cosas distintas, NO es sino el producto de una escisión arbitraria entre uno y otro componente de lo justo, producto de dos tipos de reducciones:
 - 1) **Reducción de tipo ontológico:** cuando se quiere hacer primar el aspecto material, es decir, una supuesta realidad anterior al derecho, frente a la forma de conocer el derecho.
 - 2) **Reducción de tipo epistemológico:** cuando se quiere hacer primar el aspecto formal de lo justo frente al material.
- **Escisión arbitraria:** Hablamos de escisión arbitraria porque la reducción de tipo ontológico o epistemológico NO está ni mucho menos justificada.
 - De hecho, la noción de lo justo material aparece como una reacción ante las formalizaciones procedimentales de la teoría contemporánea de la justicia; puesto que trata de incorporar un criterio material de justicia para EVITAR la excesiva abstracción o formalización en la que caen las teorías procedimentalistas.
 - La diferencia entre esta pretensión y la justicia aristotélica sigue estando en lo siguiente:
 - 1) **Aristóteles:** la justicia es una disposición que se concreta realmente en lo justo de una relación y, por tanto, NO es reducible a sus solos componentes materiales o formales.
 - **Materiales:** los términos de la relación.
 - **Formales:** los criterios en virtud de los cuales se igualan esos términos.
 - 2) **Teóricos:** en cambio, los teóricos que utilizan un criterio formal o material de la justicia presuponen la quiebra de ésta, tratando cada uno, desde su perspectiva reduccionista, de arrastrar al otro hacia su punto de vista.
 - Tanto la visión material como la formal constituyen así reduccionismos.

-LO JUSTO SEGÚN LA FILOSOFÍA JURÍDICA ARISTOTÉLICA: Para Aristóteles NO existe diferencia entre lo JUSTO y lo JURÍDICO, ya que ambos significan lo mismo.

- Ambos son el hecho de una relación JUSTA o ADECUADA entre personas o entre personas y bienes.
- Según el criterio de igualdad, esta adecuación variará en función del tipo de relación en la que nos encontremos:
 - **A) Relación entre bienes y personas particulares (Justicia conmutativa o criterio de tipo aritmético):** se trata únicamente de equiparar la prestación y la contraprestación de los bienes en juego con arreglo a un **criterio numérico,** haciendo una abstracción de los méritos de las personas que intervienen en la relación y considerando nada más que el perjuicio causado (**siempre en ámbitos privados**).

- **B) Relaciones entre personas o bienes en las que hay un componente público (Justicia distributiva o criterio de tipo proporcional):** se trata de una justicia distributiva y el tipo de igualdad vendrá dado por la proporción, teniendo en cuenta los méritos y las necesidades de las personas que participan de dicha relación (Por ejemplo, las relaciones consistentes en el reparto de bienes públicos, de las participaciones de los ciudadanos en los cargos públicos, etc.).
- Según Aristóteles, la estructura de lo justo o jurídico implica siempre el hecho de una relación de justicia, en la cual NO se puede SEPARAR la FORMA de la MATERIA como se tratase de cosas independientes.
- En la estructura de la justicia Aristóteles distingue los siguientes 4 aspectos:
 - **1) Aspecto material (HECHO):** La relación jurídica NO es algo genérico, sino algo muy concreto referido a unos determinados bienes y sujetos particulares que transaccionan aquí y ahora (el hecho mismo de la relación).
 - **2) Aspecto formal (NORMA, REGLA LEY):** es la norma, regla o ley conforme a la cual se pueda adecuar una relación particular.
 - Este criterio sólo adquiere realidad al aplicarse a las relaciones concretas.
 - NO puede quedar reducido a los componentes materiales de dicha relación particular, pues su aspecto formal es de aplicación a otras relaciones.
 - **3) Aspecto eficiente (SUJETOS):** son los sujetos que participan en la relación, pero sólo en la medida en que se relacionan entre sí.
 - Los sujetos de la relación son componentes materiales.
 - El sujeto es eficiente respecto de quien la recibe (prestación), y viceversa (contraprestación).
 - **4) Aspecto final (FINALIDAD):** hace referencia al “para qué” de la relación.
 - Por ejemplo, en el caso de las transacciones entre particulares, el fin es el justo intercambio de los bienes.
 - En las transacciones que afectan a bienes, cargos públicos, etc., el fin último es la distribución de éstos en atención al mérito y necesidad de las personas para facilitar la Paz y la Prosperidad Social.
 - En la concepción aristotélica, **el aspecto final prima sobre los otros tres.**

-CRITERIO MATERIAL DE JUSTICIA: Ahora bien, a pesar de que para Aristóteles tiene una cierta preferencia el aspecto final frente a los otros, todos ellos son componentes inescindibles entre sí.

- Cada uno de los aspectos que conforman la justicia, tiende a escindirse como si cada uno de ellos fuera en sí mismo la justicia. Por eso hay 4 tipos de reduccionismos:
 - **1) Reducción material (Hecho):** Implica una consideración de la justicia bajo el exclusivo aspecto fáctico, material, asimilándola generalmente a un simple hecho social sin ninguna consideración normativa.
 - **2) Reducción formal (Norma, Regla, Ley).** Implica una consideración de la justicia según el exclusivo aspecto formal y, por tanto, bajo un punto de vista estrictamente normativo (según un criterio de igualdad aritmética o proporcional).
 - **3) Reducción eficiente (Sujetos):** Implica la consideración de la justicia sustentada en la sola voluntad de las partes que intervienen en la relación. El criterio que rija dicha voluntad puede ser muy variado:
 - Apelación a la voluntad divina (vieja doctrina del derecho divino de los reyes).
 - Doctrina sustentada en la sola voluntad del legislador como fuente de todo derecho.
 - **4) Reducción finalista (Fin):** Implica la NO distinción entre los planos moral y jurídico y, por tanto, la reducción de los diversos aspectos de la relación jurídica:
 - Sea bajo la idea genérica de libertad (expresada a través de la conciencia moral).
 - O bajo la idea de utilidad (expresada a través del máximo interés).

- Esta relación inescindible al bien, que constituye a la justicia aristotélica, será la que recogerán los teóricos de la justicia contemporánea para confeccionar su criterio material de justicia. Este criterio material de la justicia es muy opuesto al criterio formal-procedimental.

-CONSIDERACIÓN FORMAL DE LO JUSTO Y EL INTENTO DE RECUPERAR UN CRITERIO MATERIAL DEL MISMO: el debate contemporáneo entre las 2 concepciones (formal y material) se entabló por la diversa consideración que se le puede atribuir al concepto de JUSTO:

- Para **Aristóteles**, lo justo es aquello que se da en la conjunción de lo bueno (aspecto material) y lo legal o normativo (aspecto formal). Ambos son componentes inescindibles de lo justo.
- Para los **teóricos contemporáneos** de la justicia, el predicado justo parece ser extraído reducitivamente a través del lado de lo bueno o bien del lado de lo legal.
 - Del lado de lo bueno, conduce a una interpretación material de lo justo.
 - Del lado de lo legal, conduce a una interpretación formal de lo justo.
- **Perspectiva del tipo de MATERIAL de la justicia:** está representada especialmente por la corriente utilitarista y por pensadores nearistotélicos como MacIntyre o Taylor:
 - Esta perspectiva sigue considerando la noción de justicia como una virtud.
 - Se circunscribe dentro de una corriente de pensamiento de tipo teleológico, pues la pretensión es la “vida buena” (el “vivir bien” es el telos, el fin o sentido último de la justicia).
 - Ahora bien, esta concepción implica un buen número de dificultades:
 - 1) ¿Quién y cómo se definen los buenos aspectos de la vida social? ¿Cómo se reparten los recursos públicos?
 - 2) ¿Cómo se puede atribuir un significado relativamente unívoco a una noción como la de bien?
 - 3) ¿No debería quedar la determinación de lo bueno, de la vida buena, al libre arbitrio individual?
- **Perspectiva del tipo de FORMAL de la justicia:** las ambigüedades relativas a la equivocidad que resulta equiparar las nociones justicia y bien animaron a buena parte de la doctrina contemporánea de la justicia (Rawls, Habermas) a eliminar cualquier base teleológica de la justicia para garantizarle un estatuto puramente formal:
 - Los autores de esta postura tratan de recoger el rasgo común de todas las teorías deontológicas de la justicia a partir de Kant.
 - Asimilan la JUSTICIA con el DEBER, es decir, a la ley, y NO al bien.
 - Separan lo JUSTO y lo BUENO, Hay que seguir los procedimientos acordados en comunidad.
 - No obstante, esta reducción formal de lo justo lleva consigo implícitamente cierto punto de vista teleológico (de tipo material de la justicia).
 - Según esta corriente, este residuo material o teleológico aparece antes o después, y es el único que permite comprender, junto con el desarrollo puramente formal de la justicia, un criterio de ésta que participa a la vez de lo legal y de lo bueno.
 - Los defensores de la concepción material de la justicia piensan que esta presuposición material es ineludible en toda teorización y aplicación de ésta.
 - Para ellos, cualquier criterio formal de la justicia a lo más que pueda llegar es a proporcionar la formalización de un sentido de la justicia conforme a un criterio de bien que se presupone continuamente, pero que no se hace explícito.

15. LA MUNDIALIZACIÓN Y LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

-LA MUNDIALIZACIÓN: Bajo este término “mundialización” (“globalización”) subyace una gran cantidad de transformaciones políticas y económicas:

- Eliminación de las barreras asociadas a las fronteras, característica de la forma política que denominamos Estado-Nación.
- La Revolución tecnológica favorece la mundialización, el consumo capitalista y la circulación de ideas, personas y capitales de un lugar a otro con una facilidad y rapidez desconocidas hasta entonces.
- Implica el desplazamiento de flujos de Capital con libertad por todo el planeta.
- Desplazamiento de flujos Financieros.
- La mayor parte de las grandes empresas tienden a instalarse en el territorio de Estados donde los costes laborales son inferiores, debido a los bajos salarios y a la deficiente protección social en esos territorios.
- **¿Qué ocurre en el plano cultural?:** Se detectan dos tendencias opuestas:
 - 1) Una progresiva homogeneización de las costumbres, inspirada en las occidentales y, particularmente, en las estadounidenses.
 - 2) Una agudización de las diferencias de tipo étnico. Este fenómeno representa una proliferación simultánea de las tendencias centrífugas y centrípetas.
- **¿Cuál es el resultado de tantas transformaciones?:** El resultado ha sido una permanente inestabilidad de los elementos que configuraron tradicionalmente dichos estados:
 - **A) Territorio:** en la actualidad ya NO es determinante como antaño, pues las fronteras que lo definían han sido superadas por la movilidad a la que nos referíamos.
 - **B) Pueblo:** con estas transformaciones, el pueblo ha perdido a gran velocidad los elementos identitarios que lo configuraban como distinto a otros, en buena parte propiciado por las emigraciones de ciudadanos y por la progresiva homogeneización de las costumbres.
 - **C) Gobierno:** estos cambios de la globalización han afectado mucho más a los gobiernos, puesto que se ha reducido sensiblemente su capacidad de maniobra y sus posibilidades de optar por un modelo u otro [existencia de instituciones transnacionales (UE); instituciones económicas (FMI, Banco Mundial), etc.]. Ello ha llevado, incluso, a hablar de la única política económica posible.

-ALGUNAS PERSPECTIVAS CRÍTICAS SOBRE EL PROCESO DE MUNDIALIZACIÓN: En buena parte la globalización estuvo motivada por la creación de los derechos humanos (Declaración de 1948 y los Pactos de 1966) y su proceso por extenderlos a todo el planeta.

- Si se contempla con optimismo, el proceso de ampliación de derechos humanos parece haber culminado el propósito de extender los derechos a toda la humanidad.
- Sin embargo, esta particularización de derechos está lejos de ser real fuera del ámbito de las Declaraciones.
- La mayor parte de los países NO poseen regímenes democráticos (o los tienen sólo nominalmente). En ellos NO existe respeto a los derechos humanos por parte de los gobernantes o de la administración.
- La situación actual evoluciona claramente hacia una ampliación del abismo entre los ricos y los pobres y hacia una concentración cada vez mayor de los recursos en unas pocas manos.

- Esta situación del empobrecimiento de los más desfavorecidos va a ir en aumento por las siguientes políticas de los países del primer mundo:
 - Los países occidentales protegen férreamente su agricultura mediante subvenciones, que hacen imposible la penetración en sus mercados de muchos productos provenientes del 3º mundo.
 - La riqueza suele concentrarse en unas pocas manos y no se adoptan medidas para prevenirlo. Estamos ante un sistema **oligopolio** (número de vendedores es muy reducido).
 - Los Estados del 3º mundo únicamente tienen como fuente de riqueza explotar diferencialmente a su propia población, lo que les imposibilita obtener una evolución más positiva.
 - Las reglas de la mundialización son dictadas por las grandes empresas transnacionales.
- Por tanto, esta situación hace casi imposible el conseguir una mejora de la situación mundial en materia de derechos humanos.

-LA CRISIS DE LA UTOPIA ILUSTRADA:

- **La Ilustración:** la Ilustración fue una época histórica y un movimiento cultural e intelectual europeo que se desarrolló desde fines del siglo XVII hasta el inicio de la Revolución francesa, aunque en algunos países se prolongó hasta los primeros años del siglo XIX.
 - Los pensadores de la Ilustración sostenían que la razón humana podía **COMBATIR** la ignorancia y la tiranía y **CONSTRUIR** un mundo mejor.
- **Sapere aude:** es el lema de la ilustración que mantenía su ideal de un continuo progreso hacia lo mejor. El máximo exponente de este ideal es Kant:
 - Kant atribuía este progreso a la benéfica influencia sobre los pueblos de las Constituciones que éstos fueran capaces de darse a sí mismos tras la liberación del Antiguo Régimen.
 - Supuestamente, estas Constituciones acabarían con las guerras y consolidarían la tendencia del género humano hacia lo mejor, llevando finalmente a la sociedad universal.
- **Crisis al diagnóstico optimista (marxiana o marxistas):** esta visión optimista, en la que des-cansan tanto el iusnaturalismo del XVIII como el positivismo del XIX y XX, ha sido puesta en crisis por la evolución registrada durante el último siglo.
 - Gracias al marxismo, este diagnóstico optimista asumido por el Estado liberal fue cuestionado.
 - Puso de manifiesto que la mera emancipación del feudalismo y la adquisición de estructuras formalmente democráticas NO liberan, ni tampoco constituye una garantía de paz.
 - Para los marxistas la expansión mundial conduce inexorablemente a la lucha por los mercados.
 - A comienzos del XX pusieron en funcionamiento el experimento soviético.
- **La crisis del modelo de socialismo real:** a finales del s. XX, el modelo de socialismo real (soviético) ha entrado en crisis por su desprecio de las libertades y su extrema ineficacia.
- **La crisis del modelo socialdemócrata:** paralelamente al desarrollo del estado soviético, algunos Estado Occidentales defendieron el Estado Social (socialismo) y las políticas de bienestar.
 - Las socialdemocracias europeas a través de las políticas de bienestar, intentaron cumplir el sueño pacifista de Kant.
 - Las teorías de la justicia (como la de J. Rawls) NO pretenden sino reformular el proyecto liberal kantiano desde el punto de vista de la socialdemocracia (no del liberalismo).
 - Este modelo también ha entrado en crisis a finales del siglo XX. Los Neoliberales atribuyen a este modelo una incapacidad y deficiencia para gestionar adecuadamente los recursos por parte del poder público.
- **Imposibilidad de concebir al Estado y la sociedad como un todo coherente:** a todas estas crisis económico-políticas hay que añadir la imposibilidad de concebir todavía al Estado y la sociedad, no ya en términos uniformes, sino incluso como un todo coherente.
- La complejidad de lo estatal y lo social ha crecido y diversificado cada vez más. Ahora estos ámbitos NO son ya entendibles como un sistema, sino más bien como un conjunto de subsistemas independientes (p. e. la multiplicidad de normas administrativas que es casi imposible de dominar).

- **Conclusión:**
 - El proyecto ilustrado fue un proyecto jurídico, que intentaba unificar a toda la humanidad. Actualmente se halla sumido en una profunda crisis (por su optimismo y universalidad).
 - El Marxismo y la Socialdemócrata intentaron demostrar que la liberación jurídico-política NO es nada sin la liberación económica. Por ese motivo, impusieron medidas intervencionistas en los Estados con el fin de paliar la insuficiencia liberal con la que la planteó Kant.
 - Sin embargo, tras su aplicación, también se vieron envueltos en sus correspondientes crisis.
 - Los entusiastas de la mundialización NO creen ya, como Kant, que el derecho sea la clave de la liberación humana. Tampoco, como los marxistas y socialdemócratas, que dicha clave esté en un Estado fuerte.
 - Ahora la utopía se centra en lo Económico, y se basa en los beneficiosos efectos del libre mercado mundial, al que los Estados y los sistemas jurídicos deben plegarse. Sin embargo, como Kant, olvidan que el aumento del conocimiento y la riqueza NO comportan un reparto mínimamente equitativo.

-DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y CIUDADANÍA EN LA UE: Todos los países integrados en la UE son Estados democráticos, con organismos judiciales aceptablemente efectivos en la defensa de los derechos.

- La UE ha creado una ciudadanía propia a través de los Tratados de Maastricht y Amsterdam.
- El término “ciudadanía” se ha asociado, desde la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, a aquellos derechos que estaban definidos por la pertenencia a un determinado Estado nacional.
- **La evolución del concepto de ciudadanía (Thomas Marshall):** T. Marshall resumió la evolución de la ciudadanía, desde los tiempos de la Revolución francesa, en 3 fases:
 - 1) Los derechos **civiles**, surgidos durante el siglo XVIII.
 - 2) Los derechos **políticos**, surgidos en el siglo XIX.
 - 3) Los derechos **sociales**, aparecidos en el siglo XX.
 - La ciudadanía era, así, el medio idóneo para hacer realidad el efecto emancipador de los derechos, su extensión universal.
- **Ciudadanos y NO ciudadanos:** La visión ilustrada de la ciudadanía que Marshall describió se vio defraudada por la quiebra de las sociedades estables y homogéneas de la posguerra mundial.
 - En sociedades llenas de inmigrantes, NO nos hallamos ante ciudadanos iguales en derechos y diferentes en recursos, sino ante una diferenciación mucho más radical: ciudadanos y no ciudadanos.
 - De este modo, la ciudadanía se convierte en un elemento discriminador, puesto que limita el ejercicio de los derechos políticos y sociales.

-FERRAJOLI. EL CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL: Ferrajoli explica que los revolucionarios de 1789 pensaban en los términos hombre y ciudadano como equiparables, porque NO era previsible que hombres y mujeres del 3º mundo pudieran llegar a Europa y reclamar esos principios.

- Ferrajoli sostiene que hoy en día la ciudadanía NO es un factor de inclusión e igualdad.
- Para Ferrajoli, si se desea tomar en serio los derechos del ciudadano, habremos de desvincularlos de la ciudadanía como pertenencia y de su carácter estatal, y tutelarlos tanto dentro como fuera y frente a los Estados.
- Para él la solución es **la universalización de los derechos humanos.** Es, por tanto, una pretensión que el denomina **constitucionalismo mundial.**
- Para ello hay que reformar el sistema de fuentes tanto desde una perspectiva hacia abajo (autonomías locales y regionales), como hacia arriba (instituciones supranacionales). Estas últimas deberían ser las responsables de garantizar los derechos fundamentales (limitando la soberanía estatal).



16. PLURICULTURALISMO Y MULTICULTURALISMO

-EL PROBLEMA DE LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES: los procesos migratorios actuales obedecen a motivos económicos, normalmente se trata de poblaciones desplazadas por la miseria y/o la violencia.

- Muchos de ellos tienen culturas muy distintas a las sociedades que migran.
- La visión optimista de ciudadanía de T. Marshall estaba centrada en la situación de los Estados europeos de bienestar a comienzos de los 50; pero NO tenía en cuenta las migraciones de personas.
- A partir de ahora, la ciudadanía NO es garantía de derechos y un elemento integrador, sino más bien un elemento que limita derechos y actúa como una barrera que marca la diferencia.
- Actualmente, se está viendo cómo proporcionar un marco flexible y adecuado para la coexistencia de grupos culturalmente muy diversos en el ámbito de sociedades democráticas.
- Sin perder de vista el derecho a estos grupos a tener su propia identidad y cultura (Declaración de 1948 y los Pactos de 1966).
- La democracia NO puede ser capaz de integrar cualesquiera valores, puesto que el mismo marco democrático excluye los valores antidemocráticos, los que se oponen a la libertad o a la igualdad ante la ley.
- Los sistemas de creencias de algunos de esos grupos niegan frontalmente tal marco democrático: la igualdad de sexos ante la ley, la aconfesionalidad o laicidad del Estado o, incluso, la misma democracia. **¿Cómo casar el respeto a la diversidad con la necesidad de la convivencia en un Estado democrático?**

-THOMAS MARSHALL: fue un sociólogo inglés que escribió sobre el concepto de ciudadanía en su ensayo "Ciudadanía y clase social".

- En este ensayo, Marshall analiza el desarrollo de la ciudadanía desde 3 puntos de vista:
 - 1) Derechos **civiles**, surgidos durante el siglo XVIII.
 - 2) Derechos **políticos**, surgidos en el siglo XIX.
 - 3) Derechos **sociales**, aparecidos en el siglo XX.
- Introdujo un concepto moderno de derechos sociales.
- Proclamó que sólo existe la ciudadanía plena cuando se tienen los tres tipos de derechos.
- Se adquiere independientemente de la clase social que pertenezcas.
- Aunque su otorgación NO implica la destrucción de las clases sociales y la desigualdad.

-EL PROBLEMA DE LA INTEGRACIÓN DE LAS MINORÍAS: la integración de las culturas minoritarias dentro de un Estado resulta compleja en ocasiones.

- Para Habermas este problema (inclusión de las minorías) se sitúa en el marco de la crisis del Estado nacional. El Estado nacional surgió para sustituir los viejos lazos por otros de tipo general.
- **El primitivo Estado de relaciones:** el inicial modelo de legitimación estaba basado en el origen divino del poder, en el que las lealtades se definían en términos de relaciones concretas (señor-siervo, monarca-súbdito...).
- **El Estado de derecho:** la Revolución Francesa acabó con este modelo de legitimación.
 - Ahora ocupado por los derechos civiles de los ciudadanos.
 - Son todos iguales ante la Ley.
 - El Estado de derecho es un orden querido por el pueblo y legitimado por la formación libre de su voluntad.

- Así pues, había que implicar fuertemente a los ciudadanos en ese orden el cual eran a la vez (idealmente) soberanos y (realmente) gobernados.
- Hay que distinguir los conceptos de Estado y Nación, pues NO son sinónimos:
 - **Estado:** tiene un sentido puramente técnico-organizativo, vinculado a la ciudadanía. Designa aquello que nos une sin precisiones, como seres mutuamente vinculados, ante todo, por sus derechos.
 - **Nación:** hace referencia al sustrato material y NO a la organización. Tiene un sentido cultural y suele vincularse a la diferencia con respecto a cualesquiera otras naciones.
- Existen problemas jurídicos ante dos situaciones:
 - La coexistencia de 2 o más naciones dentro del mismo Estado.
 - La existencia de naciones sin Estado.
- La exclusión del otro en términos nacionalistas puede funcionar en todas las direcciones sin que el discurso se altere lo más mínimo:
 - Un Estado contra otro, generalmente vecino, por motivos de conciencia nacional.
 - Dentro del Estado nacional, la mayoría en él dominante frente a quienes en su interior se definen como comunidad.
 - La minoría ya independizada, convertida en nueva mayoría contra quienes dentro de ella deseen asimilarse a la mayoría anterior.
- NO siempre esa **percepción de la identidad** se expresa en términos de nacionalismo, pero generalmente es así porque:
 - La cultura es el denominador común de todos los problemas planteados en este ámbito.
 - Cualesquier minoría es capaz de reivindicar una cultura o acogerse a ella para tener una causa (sentimiento de exclusión) con respecto a otros grupos: étnicas, morales, sexuales....
 - De hecho, las aspiraciones nacionalistas siempre invocan ese imaginario común al que antes nos referíamos como una cultura propia frente a la mayoritaria.

-EL PROBLEMA GENERAL DE "LA INCLUSIÓN DEL OTRO": los procesos migratorios actuales obedecen a motivos económicos, normalmente se trata de poblaciones desplazadas por la miseria y/o la violencia. Habermas es quien mejor ha resumido el sentido de los problemas relativos a la confrontación entre la tendencia a la igualdad y el reconocimiento de la diversidad a través de la expresión "La inclusión del otro". Existen los siguientes sujetos:

- **Ciudadanos.**
- **"Otros":**
 - **Inmigrantes:** se les denomina los "otros" al migrar a otros Estados y poder nacionalizarse dentro del Estado del que son inmigrantes.
 - **Minorías dentro del Estado.**
- A pesar de estas diferencias, el esquema general es similar: ambos reclaman un reconocimiento específico dentro de un Estado nacional con estructuras democráticas.
- Estas dificultades NO pueden ser situadas en su contexto adecuado sin referirlas a los cambios de mentalidad generados por la mundialización (tendencia centrífuga y centrípeta).
- Estas fuerzas centrífuga y centrípeta conducen a formas opuestas de configurar el discurso sobre la identidad:
 - 1) La que parte de los derechos concebidos de forma universal, ciega a la diferencia.
 - 2) La que se instala en la diversidad.
- Entre las anteriores es posible encontrar formas intermedias.

• La gran contraposición entre justicia como procedimiento/justicia como invocación a la vida buena, se transluce de forma bastante clara en estos modelos:

- **1) Derechos concebidos de forma universal (universalismo de derechos):** quienes defienden esta versión sostienen que el discurso sobre los derechos ha de ser general y abstracto.
 - Deben perseguir la IGUALDAD.
 - Su objetivo es INTEGRAR a partir de aquellos derechos universales y ASIMILARLAS en su Estado sin diferencias.
 - En esta postura se encuentra el liberalismo kantiano y el rawlsiano: una sociedad política y el Estado que la articula NO deben asumir compromiso alguno con referencia a lo que debe ser considerado vida buena sino, más bien, dejar que los particulares decidan.
 - Para esta postura prima más la IGUALDAD de DERECHOS que la IDENTIDAD CULTURAL. Las políticas públicas habrán de tratar a todos por igual (universal), donde la identidad cultural resulta irrelevante en el plano jurídico-político.
 - Por tanto, las políticas encaminadas a reforzar identidades son nocivas pues perpetuarlas artificialmente las diferencias.
- **Ventajas:** el universalismo de los derechos es irrenunciable como aspiración, al menos si deseamos una sociedad en la que la identidad sea plenamente electiva y NO esté determinada por pertenencias o adscripciones que los sujetos NO han elegido.
- **Desventajas:** el riesgo de esta postura es la consolidación de injusticias históricas y el olvido de una evidencia de las costumbres de las minorías.
- **2) Derecho a la diferencia (reconocimiento de identidades culturales y particularismo de las culturas):** los partidarios de esta postura afirman que la pretendida igualdad de derechos NO pretende más que encubrir unas diferencias estructurales.
 - Para ellos hay que denunciar esas discriminaciones.
 - Lo contrario equivaldría a aceptar formas de igualdad que NO existen realmente.
 - El universalismo siempre esconde que una cultura concreta prevalece sobre las demás (generalmente la occidental).
 - **Ventajas:** hay reconocimiento de las identidades culturales que permitirán integrar a esas minorías en la sociedad (evita sentimientos de frustración).
 - **Desventajas:** su riesgo estriba en que la excesiva promoción de la diferencia consolide sistemas de valores muy incompatibles entre sí y acaben desarrollando guetos o dos ordenamientos jurídicos diferentes.

-LIBERALISMO RADICAL: se caracteriza por una visión individualista de la ciudadanía y de los derechos que la forman.

- Se trata de una visión inspirada en el pensamiento contractualista.
- La función de la sociedad política y del Estado es facilitar el libre desarrollo de los sujetos.
- Las personas son seres libres y autónomas.
- La visión liberal de los derechos es negativa (no hacer, no modificar). El Estado se obliga, ante todo, a proteger esos derechos y a no promover a su través transformación alguna.
- El sentido comunitario es débil o inexistente.
- En este modelo, toda forma de diferencia está llamada a la pura y simple asimilación.
- NO se contempla la posibilidad de que deba matizarse el ejercicio de estos derechos en función de diferencia alguna.
- Protege al mercado y a la supuesta igualdad de sus reglas.
- Tenemos el liberalismo clásico de Hayek o el neocontractualista liberalismo de Nozick.

-LIBERALISMO MODERADO: defiende una visión más participativa de la sociedad.

- En este modelo liberal existe un auténtico espacio de lo público (diferencia con el radical).
- Se articula en torno a un diálogo concebido de modo procedimental (no material-finalista).
- Todavía es liberal, pues considera que en una sociedad política NO debe prevalecer concepción alguna de la vida buena, sino que todas las concepciones han de confluir en lo público y participar en ello (desactivando sus divergencias en lo referente a visiones del mundo).
- Propone un tipo de ciudadano políticamente activo y que ello implique la existencia de debates públicos.
- Rechaza que el mercado sea el fin social a alcanzar, pues en éste prima el egoísmo sobre la cooperación.
- Este liberalismo simpatiza con las perspectivas socialdemócratas, es decir, peinsan que debe existir prestaciones estatales para mejorar la vida de los más desfavorecidos.
- Los autores más relevantes de este modelo son Rawls y Dworkin.

-COMUNITARISMO: NO rechaza el ideal de vida buena al hablar de la comunidad.

- El comunitarismo pretende construir todo el espacio público sobre el reconocimiento de la diferencia.
- Entiende que la identidad humana NO es algo dado con anterioridad al diálogo, sino algo que se constituye dialógicamente.
- Esto supone defender los particularismos y rechazar el universalismo liberal de los derechos abstractos.
- En el comunitarismo hay una definición de lo individual en términos de la matriz social, como ocurría en la doctrina aristotélica: todos somos socializados en una cultura concreta, que nos enseña a ver el mundo a través de sus ideas y prejuicios.
- Hay un gran escepticismo sobre la posibilidad de establecer juicios sobre cualesquiera culturas, pues es imposible situarse en una posición que las supere a todas: quien pretendiera alcanzar dicha posición no haría sino universalizar tramposamente su modo de vida concreto.
- Los autores comunitaristas más significativos son Taylor, Walzer, Sandel y MacIntyre.
- **WALZER:** ha resumido la objeción común de las posturas comunitaristas contra el liberalismo, identificando 3 causas:
 - 1) El liberalismo clásico tiende a sepultar tradiciones, comunidades o cualesquiera vínculo social fuera de las relaciones comerciales.
 - 2) Ver el mundo como carente de lazos sociales, sin patrones comunes de vida, es absurda. Toda estructura ha sido fruto de esas tradiciones.
 - 3) Además, el liberalismo requiere periódicamente de corrección comunitarista para SOLUCIONAR sus problemas y EVITAR los aspectos negativos de la disolución de las identidades.
- **TAYLOR:** se ha manifestado en un sentido similar:
 - Para él, es casi imposible imaginar tanto un liberalismo puro como un comunitarismo absoluto.
 - **Liberalismo puro:** nos situaría ante un mundo lleno de criaturas autointeresadas y hostiles a casi cualquier práctica cooperativa. Sólo existirían derechos individuales.
 - **Comunitarismo absoluto:** nos situaría ante un panorama de meras tribus. En este caso sólo serían concebibles los derechos colectivos.
 - Por ello, la contraposición liberalismo-comunitarismo debe entenderse en términos NO reduccionistas y, por tanto, NO nos hallamos ante categorías cerradas y excluyentes.
 - Para él, la vida social debe tener en cuenta tanto la estricta igualdad de derechos (como el sufragio activo), como otros requieren una sensibilidad hacia la diferencia (como la promoción y defensa de los patrimonios lingüísticos).

-PLURICULTURALISMO Y MULTICULTURALISMO:

- **Multiculturalismo:** hace referencia a una sociedad donde una cultura es predominante por mayoría (por ejemplo, españoles e inmigrantes).
- **Pluriculturalismo:** hace referencia a una sociedad donde NO predomina claramente ninguna cultura. Por tanto, se intenta que las diferentes culturas integrantes sean partícipes en la toma de decisiones de una sociedad concreta, por el sólo hecho de las diferencias culturales.
 - El pluriculturalismo es una forma de intervención que tiende a favorecer el mantenimiento de la identidad de cada cultura.
 - Para ello, se basa en la Tolerancia y el Respeto de las diferencias culturales de cada individuo.
 - Favorece la fusión cultural y el mestizaje.
 - **NO niega el espacio común derechos y libertades** que defiende el liberalismo, ni menoscaba el reconocimiento de la diferencia que hace suyo el comunitarismo.
- **Interculturalismo:** es una forma de intervención que tiende a poner el énfasis en el mantenimiento de la identidad de cada cultura. Al poner énfasis en cada cultura, no favorece la fusión ni alivia la tensión entre la identidad y la diferencia.

-Existen 4 enfoques para este problema:

- **A) Paroxismo de la diferencia:** NO se debe plantear como punto de partida el reconocimiento de la diferencia en una sociedad multicultural porque ello podría conducirnos a una suerte de paroxismo de la diferencia, que desemboca con frecuencia en nacionalismo.
 - El comunitarista moderado Taylor recuerda que es necesario un cierto equilibrio entre la ceguera total ante la diferencia y la construcción política sobre ella.
- **B) La ceguera a la diferencia:** la desconfianza, la ceguera a la diferencia liberal, suele poner en guardia a las minorías y REFUERZA los elementos identitarios de esos grupos (precisamente a fuerza de negarlos).
 - Paradójicamente, liberalismo y comunitarismo parecen confluír así en el afianzamiento de un modelo excluyente, multiculturalista, que atrinchera a unos en su universalismo desconfiado, y a otros en su particularismo excluyente.
- **C) El punto del equilibrio:** Para Gadamer, a través de la “fusión de horizontes”, nos incita a afrontar las culturas ajenas presuponiendo, no si idéntico valor a la nuestra, sino el valor de su contraste con la nuestra.
 - La hermenéutica es aceptar que los otros puedan tener razón (Gadamer).
 - Esto es definido como pluriculturalismo por algunos autores.
 - A través de este modelo se puede superar el multiculturalismo y, por tanto, de liberalismo y comunitarismo, para los cuales es marco común.
- **D) “Horizonte interpretativo común” de Habermas:** la teoría de Habermas favorece el reconocimiento recíproco de las pertenencias culturales, únicamente a partir de la coexistencia de las formas de vida en igualdad de derechos.
 - Para él, la integración ética de grupos y subculturas con sus propias identidades colectivas debe encontrarse desvinculada del nivel de la integración política.
 - Esta integración de los derechos abstractos con la cultura particular se produce, según Habermas, a través de lo que podemos denominar “patriotismo constitucional”, pues es la Constitución la que, a través de derechos y principios, establece el contenido ético común que se perdió con la crisis del sentido religioso.

17. LOS DERECHOS HUMANOS DE 3º GENERACIÓN

-NATURALEZA Y ORIGEN HISTÓRICO DE LOS DERECHOS DE 3º GENERACIÓN:

- **1º Generación:** son los derechos civiles y políticos surgidos por procesos históricos desde los siglos XVII a XIX. Estos derechos pretendían realizar el principio de libertad.
- **2º Generación:** son los derechos económicos, sociales y culturales surgidos por procesos históricos desde mediados del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. Estos derechos pretendían realizar el principio de igualdad.
- **3º Generación:** son aquellos derechos que pretenden realizar primordialmente el **principio de solidaridad**. Normalmente aluden a los derechos humanos a través de la teoría y de la práctica jurídica. Su desarrollo es consecuencia de procesos históricos del último cuarto del siglo XX:
 - **A) la proliferación y el uso indiscriminado de las nuevas tecnologías:** Han surgido nuevos derechos (**derechos ecológicos**) que pretenden ofrecer respuestas a uno de los principales problemas del mundo moderno: el problema de la degradación del medio ambiente, provocado por el uso desmedido de las nuevas tecnologías y las nuevas producciones (p. e. energía atómica).
 - **El replanteamiento del derecho a la vida:** las nuevas tecnologías han provocado un replanteamiento de este derecho en términos mucho más generales y su relación con la conservación del medio ambiente (desde una perspectiva más colectiva que individual).
 - El también clásico **derecho a la intimidad** queda desvirtuado en su concepción tradicional con la aparición de las nuevas tecnologías informáticas.
 - **B) La crisis de legitimidad democrática del modelo clásico de Estado-Nación:** el ciudadano se ha visto relegado a una posición menos relevante en la toma de decisiones, lo que ha generado una crisis del concepto clásico de Estado nacional, provocado por:
 - Los instrumentos de representación política se ven cada vez más desvirtuados en aras de una ampliación de funciones de los puramente ejecutivos y administrativos.
 - La primacía de los esquemas relacionados con el mercado reduce al mínimo la libertad de decisión del poder.
 - Los derechos humanos de 3º generación tienen la finalidad de recuperar la legitimidad democrática y propiciar una mayor participación de los sujetos en la cosa pública.
 - **C) El advenimiento de los derechos de 3º generación se corresponde con la crisis de las garantías de los derechos de 2º generación:** La ineficacia y el incumplimiento de las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales ha dado lugar a una progresiva devaluación de estos derechos, poniendo de manifiesto su insuficiencia para realizar el principio de igualdad y la necesidad de articular otros medios político-jurídicos que pudiesen cubrir estas nuevas necesidades.
- **CONSECUENCIA:** estas causas han propiciado el REPLANTEAMIENTO del tema de los derechos humanos como derechos de los pueblos. Ahora la sociedad civil cobra una importancia capital, frente al tradicional protagonismo exclusivo de la persona individual (como sujeto activo de los mismos) y del Estado (como sujeto pasivo).

-LA CATEGORÍA LOS DERECHOS HUMANOS DE 3º GENERACIÓN: Desde el punto de vista de la teoría tradicional, estamos **ante una categoría DIFUSA e INDETERMINADA**.

- **¿Son realmente fundamentales o circunstanciales?** Todavía se plantea si estos derechos son realmente fundamentales.

- Son **producto de la situación actual**, por eso actualmente son reconocidos como fundamentales.
- Implica una profunda transformación en el discurso de los derechos con respecto a los contextos históricos (respecto a las dos anteriores generaciones).
- También supone un **desplazamiento del centro de gravedad de los derechos humanos** desde el ámbito clásico del Estado al de la sociedad civil internacional, puesto que hay un contraste muy acentuado respecto a los países del Norte (1º Mundo) con los del Sur (3º mundista).
- **NO fueron reconocidos explícitamente en la Declaración de 1948.**
- **Listado:** el derecho a la paz, los derechos ecológicos, el derecho al desarrollo, los derechos informáticos, etc.

-EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS DE 3ª GENERACIÓN:

- La 3º generación son derechos de **Solidaridad**.
- Persiguen **buscar intereses comunes** desde un espíritu de cooperación y de sacrificio altruista.
- Es por tanto, fruto de la **interrelación entre las distintas personas y comunidades desde la idea de dignidad**. Siempre desde una **perspectiva universal y global**.
- **Se consideran iguales a todos los seres humanos y Estados**. De ahí que la realización práctica de esta generación de derechos presuponga una identidad global de preocupaciones.
- Hay rechazo de todo **fraccionamiento que introducen los criterios tradicionales**: clase social, etnia, religión...

-LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS. EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS: La denominación de derechos de los pueblos presenta una gran cantidad de problemas a la hora de dilucidar la naturaleza de estos derechos y de distinguirlos de otras categorías de derechos afines, como es el caso de los llamados derechos colectivos.

- **Concepto de pueblo:** se trata de un concepto genérico susceptible de concretarse en diversos sentidos:
 - **En todas sus versiones** se parte de la idea de comunidad y colectividad (agrupación de personas). Puede ser de carácter más o menos difuso.
 - Se impone una **matización a la hora de distinguir los derechos de los pueblos** con respecto a los llamados **derechos colectivos**.

-LOS DERECHOS COLECTIVOS DE 3º GENERACIÓN. Los derechos colectivos constituyen un tipo específico de Derechos Humanos, caracterizado por el hecho de que su titularidad corresponde a determinados y concretos grupos humanos.

- En los derechos colectivos se pueden concretar sus titulares, en cambio, en los derechos de tercera generación NO es posible. Por ejemplo: **el derecho a la paz lo ostentamos todos los hombres, y su vulneración afecta a todos en general**, pero NO es posible determinar específicamente a quiénes en particular.
- Por tanto, los **derechos colectivos se refieren a grupos determinados y a todos los sujetos que los integran** (p. e. el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia identidad).
- Así mismo, ciertos derechos humanos de 3ºG, aun siendo de entrada difusos, permiten ser identificados como derechos colectivos en función de las circunstancias: el derecho a un medio ambiente.
- En muchos casos NO resulta fácil identificar el titular del derecho en particular.

-DERECHOS COLECTIVOS Y DERECHOS HUMANOS INDIVIDUALES: existe una relación entre ambos porque los grupos humanos están formados por personas individuales y, por tanto, todos los derechos colectivos propician las condiciones para el ejercicio de los derechos individuales.

- Los derechos colectivos o de 3º generación **complementan** a las dos generaciones precedentes.
- Están **interrelacionados** (por ejemplo, el derecho a un medio ambiente sano protege la salud del grupo, pero también del individuo).
- **Colisión de los derechos colectivos con los individuales:** Existe la posibilidad de que los derechos colectivos puedan colisionar con los individuales. Por ejemplo, sería el caso de un indígena que tiene en su costumbre practicas de castigos físicos por su mala conducta, mientras que en el Estado donde se integran están prohibidas todas estas agresiones.
 - En estos supuestos problemáticos, la doctrina se inclina por dar prioridad al derecho individual, en el sentido de que el derecho colectivo NO protege realmente esta práctica concreta conculcadora del derecho individual del sujeto.

-LOS DERECHOS HUMANOS DE 3º GENERACIÓN MÁS IMPORTANTES:

- **1) El derecho a la Autodeterminación de los Pueblos:** es decir, elegir su gobierno.
 - Está reconocido en los artículos 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
 - Tiene alcance político, económico, social y cultural.
 - Presenta 2 vertientes en función de su contenido:
 - **Positivamente.** Implica la posibilidad de libre elección de un proyecto político, económico y social de acuerdo con los patrones culturales de cada pueblo, en el marco de la cooperación recíproca con los demás pueblos y Estados.
 - **Negativamente.** Impone un límite que cada pueblo plantea al resto de pueblos y Estados.
 - En este sentido, el derecho a la autodeterminación de los pueblos implica en concreto:
 - A) **El derecho a la autodeterminación política:** derecho a mantener o cambiar libremente su forma de organización política sin interferencia ajena y a elegir a sus gobernantes y establecer las condiciones y el procedimiento para ello.
 - B) **El derecho a la autodeterminación económica:** derecho a mantener o cambiar su forma de organización económica, a establecer libremente las relaciones económicas, a disponer de recursos propios, etc.
 - C) **El derecho a la autodeterminación social y cultural.** Derecho a conservar y desarrollar su identidad cultural, a la cooperación cultural con otros pueblos, etc.
 - **Límites del derecho a la autodeterminación:** el ejercicio de este derecho viene determinados por razones políticas, económicas y socioculturales:
 - **Políticas:** en razón de la prudencia de los gobernantes y miembros del pueblo.
 - **Económicas:** las obligaciones derivadas de la cooperación económica internacional.
 - **Socioculturales:** las determinadas por los patrones culturales de cada pueblo y por el respeto a la identidad sociocultural de los demás.
 - **Garantías institucionales:** hay que constatar su escasez en el ámbito universal:
 - **Aspecto normativo:** están reconocidos por los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en el ámbito europeo, la garantías normativas del TUE.
 - **Aspecto jurisdiccional:** algunos pronunciamientos del Tribunal Internacional de la Haya en varios casos de violación de este derecho.

18. DERECHO Y ÉTICA

• **2) El derecho al desarrollo:** se entiende como el derecho que poseen todos los pueblos y sus miembros a participar en el proceso de desarrollo y conseguir una parte justa de los beneficios derivados de éste.

- Por tanto, está íntimamente relacionado con el derecho de autodeterminación de los pueblos.
- Se puede desglosar en los siguientes conceptos:
 - **Desarrollo biológico:** mejor salud, mejor nutrición, etc.
 - **Desarrollo económico:** crecimiento económico, capacidad para disponer de los recursos naturales propios, etc.
 - **Desarrollo socio-político:** autonomía política, fomento de los derechos humanos, etc.
 - **Desarrollo cultural:** enriquecimiento y difusión de la educación y la cultura.
- A través de este derecho se pretende conseguir un desarrollo integral de los países más desfavorecidos (junto con los pueblos y personas que los habitan) desde todas las instancias institucionales (Estado, organizaciones internacionales, etc.).
- Es un derecho que nació a consecuencia de las enormes diferencias de riqueza económica y bienestar social existentes entre los países ricos y los pobres.
- Esta necesidad en la forma de derecho al desarrollo se ha visto recogida institucionalmente, tanto de manera implícita como explícita:
 - De **forma implícita** a través del derecho a la igualdad.
 - De **forma explícita** a través de diversos instrumentos normativos (en especial la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo).

• **3) El derecho al medio ambiente saludable:** es aquel derecho que pretende garantizar la conservación de las condiciones naturales necesarias para asegurar la existencia de la vida humana en la Tierra.

- Se impone a todos los sujetos. Se tiene en cuenta tanto:
 - El **medio ambiente natural:** biosfera, aire, agua, suelo...
 - El **medio ambiente acotado por el hombre** para su propio desarrollo (ciudades y otras agrupaciones humanas).
- **Circunstancias que propiciaron el reconocimiento de este derecho:**
 - El uso incontrolado de recursos (p. e. la energía nuclear).
 - La destrucción de la flora y la fauna.
 - La destrucción de la capa de ozono y contaminación atmosférica (residuos tóxicos).
 - El proceso de desertización de determinadas zonas del planeta.
- **Reconocimiento en:**
 - El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
 - La Declaración de Estocolmo de 1972.
 - La Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos.
 - La Carta de París de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación Europea.

• **4) El derecho a la Paz:** persigue la concreción de los valores de la PAZ y SOLIDARIDAD en las relaciones humanas.

- Se consigue mediante la articulación de un sistema social que garantice la resolución de los conflictos a través de formas de acción social NO violentas.
- Se impone a todos los hombres y sujetos colectivos (sean privados y/o públicos):
 - **A nivel jurídico-normativo:** supone la prohibición del derecho a la guerra de la Carta de Naciones Unidas o el preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos.
 - **A nivel económico:** supone la eliminación del colonialismo y la injusticia socioeconómica.
 - **A nivel cultural:** promueve la educación para la paz, la NO violencia y el Respeto mutuo.

• **-LAS RELACIONES ENTRE LA ÉTICA Y LA MORAL:** Los términos ética y moral suelen ser utilizados como si fuesen estrictamente equivalentes, sin embargo, NO es así.

- **Semejanzas:** Ambos conceptos hacen referencia a los modos de comportamiento y a las costumbres.
 - Ambos **son discursos prácticos.** NO sólo han referencias al comportamiento humano, sino también a sus actividades o prácticas (diferencia con los discursos teóricos o científicos).
 - El **discurso científico** se limita a comprobar o a verificar una realidad.
 - El **discurso práctico** conduce a la realización de una acción que produce cambios en el mundo.
 - Por ejemplo: no es lo mismo el objeto de una proposición científica, pongamos “dos más dos es igual a cuatro”, que aquel que nos dice que “una acción determinada ha de ser realizada de tal o cual manera para ser considerada buena”.
- **Diferencias:** El filósofo Paul Ricoeur, en su trabajo “Ética y moral”, diferencia ambos conceptos:

ÉTICA	MORAL
-Aspiración de una vida cumplida bajo el signo de acciones consideradas desde la perspectiva de lo bueno.	-Campo marcado por las normas, las obligaciones, las prohibiciones, caracterizadas por una exigencia de universalidad, y consideradas desde la perspectiva de lo obligatorio.
-Es Teológica (“telos” significa fin). -Es filosofía aristotélica. -Es una cosa a hacer, real o bien particular.	-Es Deontológico (“deontológico” significa deber). -Es filosofía kantiana. -Es la idea del deber.

• **-LAS RELACIONES ENTRE LA ÉTICA Y DERECHO:** La ética se arraiga en el deseo de que todo sujeto tenga una vida buena, en el sentido de una vida feliz.

- Una vida ética es entonces aquella regida por un fin natural: el bien.
- A pesar de que este fin es dado a los seres humanos por naturaleza, este fin le resulta al sujeto demasiado genérico, de ahí que deba ir seleccionando, en la espontaneidad de sus actividades y a través de su libre albedrío, el bien real que mejor le convenga a su naturaleza.
- Estas actividades son de muy diversa índole:
 - **Actividades estrictamente personales:** las realizadas por cada uno de nosotros individualmente.
 - **Actividades interpersonales:** son realizadas con y para los otros (caso de la amistad, que es una actividad realizada en común por varios sujetos, cuyo fin es la utilidad, el placer o la virtud).
 - **Actividades institucionales:** La justicia, cuyo marco de aparición son las instituciones.
- Todas estas actividades tratan de dar una realidad a la exigencia natural de vida buena o felicidad, en la medida en que ese deseo genérico de vida buena se concreta en cada uno de estos fines propios que consideramos los más adecuados para nosotros.
- **Ética y derecho:** La relación entre la ética y el derecho resulta perfectamente clara.
 - Si la justicia es la disposición o adquisición de aquella práctica (la ética), cuyo fin particular es lo justo, la justicia se entenderá como una de las virtudes al realizar este fin último de bien o vida buena en el ámbito más amplio de todos: las instituciones. La justicia es la realización de la vida buena en el ámbito institucional.
 - Por otra parte, como el bien de la justicia es un fin a realizar que está más allá del sujeto, NO es susceptible de reducirse a un simple catálogo genérico de deberes, como sí hace la moral.

-LAS RELACIONES ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO: El discurso moral sigue siendo un discurso sobre las costumbres, sobre los modos de comportamiento, pero en un sentido distinto al ético.

- Se basa en las prácticas, actividades y fines particulares que permiten ejercer en cada acto concreto el fin natural último (la vida buena, la felicidad).
- El discurso moral se basa en los deberes y la forma en cómo se expresan.
- **Moral medieval:** la moral es un producto nacido de la teología del final de la Edad Media. En este momento histórico se produjo una escisión entre lo natural y la razón humana, lo que hizo imposible hablar de una relación natural de la voluntad del sujeto a cualquier tipo de vida buena.
- Todo orden natural podría suponer un freno a la absoluta omnipotencia divina. El sujeto como cada uno de los bienes particulares a los que aspira, NO son más que realidades contingentes creadas por Dios, que la omnipotencia divina siempre puede sustituir o eliminar totalmente.
- Con el curso de los siglos, eliminado Dios como causa última, el sujeto quedó librado a una absoluta indiferencia acerca del bien, pues ya NO resultaba posible “salir fuera de sí” e intentar descubrir, en el uso de su libre albedrío.
- **Moral Moderna:** el sujeto moderno trata de encontrar dentro de sí mismo las reglas que establezcan lo bueno y lo malo de su conducta. Se constituye a sí mismo en sujeto legislador de lo bueno y de lo malo, ajustando su comportamiento a una serie de formulaciones que él mismo establece y que expresan deberes y obligaciones al margen de lo real concreto.
- El discurso moral se expresa así bajo la forma de una normatividad abstracta y a priori, perfectamente representada en el imperativo categórico. Según Kant, la misma obligatoriedad del derecho deriva precisamente de ahí, de que, aunque NO pueda inscribirse en la moral, el derecho nace de la necesidad de coexistencia a los sujetos morales bajo reglas que permitirían su coexistencia.
- Aparecen así todas las distinciones entre el ámbito moral y el jurídico, según la concepción moderna de ambos, de matriz kantiana.
- El derecho NO funda más que una obediencia exterior, una simple conformidad a la ley. La moral, por el contrario, implica un proceso de interiorización de la norma que va más allá de la simple conformidad. Este pensamiento es seguido por Kant, Rawls y Habermas:
 - En **Kant**, hay una primacía de la moral sobre el derecho.
 - En **Rawls**, por el contrario, existe una primacía del derecho sobre la moral, pues aunque el derecho asume las condiciones de lo moral, se desarrolla en un ámbito estrictamente público con independencia de aquél.
 - En **Habermas** se evita la separación entre derecho y moral. Este autor se refiere a la complementación entre moral autónoma y derecho positivo.

-NUEVAMENTE SOBRE LA ONTOLOGÍA JURÍDICA: Mientras que la vieja ontología jurídica con la que empiezan muchos libros de texto distingue entre derecho y moral como 2 normatividades independientes, en este texto se ha tratado de partir de lo que tienen en común:

- **Sentido ético o teleológico del derecho:** entiende el derecho como el objeto de la virtud por excelencia, la justicia, cuya función es la adecuada transacción de bienes particulares, la correcta distribución de bienes públicos, tendentes a asegurar la armonía y la paz social que conforman la vida buena. Ej: Doctrina del iusnaturalismo aristotélico y de algunos comunitaristas contemporáneos.
- **Un sentido moral o deontológico del derecho:** Entiende el derecho como un catálogo de deberes y obligaciones, en el cual ha de subsumirse tanto nuestro comportamiento individual como el del legislador político, en aras de la rectitud de su conducta. Ej: Doctrina del iusnaturalismo clásico de los siglos XVII y XVIII.
- **Un sentido normativo del derecho:** Recoge genéricamente el sentido deontológico del derecho, especificándolo bajo la norma jurídica, que está creada conforme a un procedimiento válido constituiría así la única normatividad relevante a efectos jurídicos. Ej: Doctrina del positivismo normativo.
- **Un sentido fáctico del derecho.** Recoge genéricamente el sentido teleológico del derecho, especificándolo en su consideración fáctica y social. El hecho de que una sociedad concreta ha optado por ciertos modos de relación constituye así lo único relevante a efectos jurídicos. Ej: Doctrina del positivismo sociológico y ciertas formas de comunitarismo.