

DR 29 34

Seguimos adelante en Revista de Derecho. Le toca el turno al Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Natural. Los profesores Manuel Segura y María Salud de Gregorio han preparado unos guiones en los que se recoge cómo se deberían haber contestado los exámenes.

Escucharemos primero la parte de filosofía y luego la de natural. El departamento ha decidido dedicar este breve espacio radiofónico a señalar sumariamente los aspectos más importantes de las preguntas que se han formulado en esta primera prueba presencial, tanto en la asignatura de Derecho Natural como de Filosofía del Derecho, incluyendo naturalmente ambas vueltas. La finalidad de esta intervención es, por consiguiente, meramente orientativa.

Se pretende que el alumno sepa cómo y en qué sentido debió contestar las preguntas del examen, es decir, indicar aquello que era verdaderamente importante en cada una de las cuestiones planteadas. Y ya, sin más dilación, comenzamos con las preguntas de Filosofía del Derecho. La primera de ellas lleva por título las realidades humanas y está incluida en la lección tercera.

En primer término, es necesario distinguir entre la vida biológica del hombre y la vida plenamente humana. Puede afirmarse que lo que caracteriza la actividad humana es la libertad de obrar frente a lo que sucede en el reino animal. Pero el hombre se encuentra siempre frente a otros hombres.

En una palabra, la convivencia es consustancial al ser humano. Es precisamente esta convivencia la que hace surgir un mundo objetivo común a todos, y esta realidad común da lugar a un logos común o lenguaje común. Aparece así el lenguaje que cumple una función de comunicación social.

Y lo verdaderamente importante y significativo de esta realidad llamada lenguaje es que todo su sentido y su razón de ser radica en la función que cumple. Por ello, se puede concluir afirmando que el lenguaje es una realidad social que cumple una función social y que sólo tiene vigencia en una comunidad determinada. La segunda pregunta corresponde a la lección cuarta y su título es los usos sociales.

Nuevamente hay que insistir en el dato de la convivencia. La realidad social procede de la convivencia humana. En ese continuo relacionarse con los demás, con nosotros, realizo unos verdaderos comportamientos que varían en razón de las situaciones y en razón de las personas con los que la relación de convivencia se produce.

Siempre nos comportamos siguiendo unos hábitos. Existe, por supuesto, libertad para seguirlos o no, pero lo cierto es que nos vemos obligados a seguirlos. Y si realizo estos comportamientos es porque los demás también los siguen.

Por eso se dice con razón que una de las características fundamentales de estos comportamientos es su impersonalidad, que por otra parte se denota en la utilización del pronombre se. Se viste de una determinada forma, se come según reglas determinadas, se saluda... En fin, estos comportamientos no tienen su origen en este o aquel individuo en concreto, sino que nacen del grupo. Se trata de los usos sociales.

Hay comportamientos que no ejercen una gran presión sobre mí en la medida en que puedo no realizarlos sin que ello acarree graves consecuencias. Es decir, el grupo no reacciona desfavorablemente frente a mi actuación. Sin embargo, existen otros comportamientos en los que la presión social es muy fuerte, hasta el punto de que de no seguirlos se producirá una desaprobación por parte del grupo, y en cualquier caso mi comportamiento me ocasionará consecuencias desagradables.

Cuando, por ejemplo, no saludo, el grupo considera que he incumplido un deber, y lo más probable es que me margine. En estos casos estamos en presencia de usos que implican una especial coacción y cuyo incumplimiento lleva aparejada una sanción social. Existen, pues, exigencias sociales que condicionan la conducta humana.

Se trata de usos sociales normativos, y reciben este nombre porque lo que hacen es reglar o normar la conducta del hombre en un determinado sentido. Además, tratan de imponerse como algo que se debe hacer, en una palabra, como algo que implica una obligación. Ortega ha señalado que hay usos normativos que son irracionales, pero, a pesar de ello, puede decirse que siempre cumplen una función social, y esto es lo que más nos interesa.

Por último, hay que preguntarse por qué son normativos los usos. La respuesta del profesor Damián se formula en el sentido de que tienen tal carácter porque constituyen una propuesta de deber y, además, por la función social que cumplen. La tercera de las preguntas formuladas corresponde a la lección octava, y su título es La norma fundamental.

En primer lugar, es necesario llegar a la constatación de que toda determinación de deber está fundada, de un lado, en una norma superior que determina la potestad de establecer el deber, y, de otro, en una norma superior que establece un contenido material de la conducta de vida. Por ello, todo deber establecido nos remite siempre a otra norma. Esta remisión es la que Vilanova ha llamado relación de fundamentación, que puede ser formal y material.

La relación de fundamentación formal de las diferentes normas llega, siguiendo el orden jerárquico, hasta la constitución o ley fundamental. A partir de aquí, el problema que se plantea es dónde se fundamenta la constitución. La respuesta que ofrece Kelsen es bien conocida.

Hay que suponer la existencia de una norma fundamental que fundamenta la primera constitución. Se trata de una norma supuesta y no opuesta. En este sentido, no es una norma positiva, y en este punto conviene insistir.

La norma fundamental es, en Kelsen, una hipótesis. Presuponiendo que esta norma es válida,

también resulta válido el origen jurídico que le está subordinado. La solución que ofrece Kelsen responde a la exigencia de pureza que preside toda su construcción jurídica.

Sin embargo, la explicación de Kelsen no es plenamente satisfactoria, porque olvida que detrás de la constitución está el poder. En este sentido, es sumamente certera la crítica que dirige Bobbio a la teoría de la norma fundamental. Esta norma fundamental representa el intento, nada desdeñable, de hacer terminar el ordenamiento jurídico en una norma en vez de en un poder último, tal y como había hecho la doctrina tradicional.

Esta construcción es perfectamente posible, pero cuando se pregunta cuál es el fundamento de esa norma fundamental, hay que responder que, al no poder ser otra norma superior, dicho fundamento vendría representado por la eficacia, es decir, por el hecho históricamente verificable de que las obligaciones que se derivan de la norma fundamental son habitualmente observadas. Si se llega a esta conclusión, habrá que decir que se pasa del ámbito de las normas al de los poderes, esto es, que la validez de la norma última se funda en la efectividad del poder último. Pero aparte de la relación de fundamentación formal, hay que preguntarse por la fundamentación material.

El fundamento material del ordenamiento lo constituye la idea de lo moralmente imprescindible para la comunidad que, por su imperiosa necesidad, debe ser exigido por la fuerza. En última instancia se comprueba que toda norma positiva no es más que una determinación de la norma suprema cuya fórmula sería la siguiente. Debe ser exigida por la fuerza aquella conducta socialmente imprescindible.

La cuarta pregunta se titula la naturaleza de las normas estatales y está incluida en la lección 10. En esta pregunta hay que hacer referencia a la doctrina mantenida por Kelsen contra el imperativismo de las normas. Lo más importante es señalar cómo concibe Kelsen las normas jurídicas.

Estas pertenecen al mundo del deber ser y en este mundo rige el principio de imputación frente a lo que ocurre en el mundo de la naturaleza presidido por el principio de causalidad. La consecuencia más importante de la teoría de Kelsen es que la norma estatal no es, como había sostenido la doctrina tradicional, un mandato o un imperativo. Pero ¿en qué consisten las normas estatales? Puede decirse que son determinaciones de deberes cuyo incumplimiento implica una consecuencia sancionadora.

Resumiendo, la norma estatal es una propuesta de deber y ésta implica que se impone una obligación al destinatario de la norma y al mismo tiempo que la acción que se prescribe en la norma se propone como justa. Por consiguiente, el deber es lo que hace distinta la norma estatal de cualquier otra proposición prescriptiva. La quinta pregunta se refiere al deber y la facultad y corresponde a la lección 11.

Aquí la pregunta primordial es ¿qué es primero, el deber o la facultad? El deber es antes que nada una determinación de la libertad. En sentido restringido es libertad encauzada por el

poder. Fuera de aquello que nos es impuesto como deber queda nuestra incondicional libertad, nuestro poder hacer.

Pues bien, este poder hacer da lugar a lo que llamamos facultades. En primer lugar estoy facultado para hacer todo aquello que no es debido. Por eso, así como el deber es la libertad vinculada, la facultad es la libertad no vinculada.

La facultad no es sólo la facultad de hacer, sino también la facultad de exigir. Por eso toda facultad de hacer origina un deber de respeto, lo que hace que toda facultad de hacer sea en todo caso una facultad de exigir. Pero lo cierto, y en esto se encuentra el núcleo de esta pregunta, es que no se puede dar un concepto de facultad sin mencionar el deber.

Si tengo facultad de hacer algo es porque hay algo que no debo hacer. Concluyendo, puede afirmarse que el concepto de deber presupone, sin duda alguna, el de libertad, pero en ningún caso el de facultad. Y sin embargo, el concepto de facultad sí presupone el concepto de deber.

Luego, el concepto primario y originario es el de deber. La última de las preguntas formuladas lleva por título lo objetivamente moral y corresponde a la lección 14. Lo que hay que contestar en esta pregunta es si existen un conjunto de conductas que con independencia de la voluntad con que se hacen son objetivamente justas.

Es necesario hacer referencia a la doctrina de Kant, aunque sólo sea someramente, y comprenderla en sus justos términos. Podemos distinguir entre una objetividad moral y una subjetividad moral, y si esta distinción es posible, debe afirmarse que con independencia de la disposición de ánimo de hacer lo justo, hay algo que puede calificarse de objetivamente bueno o justo. De todo esto se deduce que no se puede llamar moral solamente al conjunto de acciones subjetivamente justas, porque lo importante de la voluntad de hacer lo justo es precisamente el objeto pretendido.

Por eso, puede decirse que no es posible establecer una separación tajante entre moralidad objetiva y subjetiva. Y es ahora María Salud de Gregorio quien nos habla de derecho natural. De forma muy esquemática, dado el escaso tiempo desde que ahí exponemos, vamos a ver cuáles son los puntos principales que hay que tener en cuenta al contestar a las preguntas de los correspondientes exámenes de derecho natural.

Dejaré para el final las dos preguntas pertenecientes a la parte de historia de la filosofía, por ser comunes a ambos exámenes, es decir, a la primera y a la segunda vuelta. En primer lugar, derecho natural y objetivismo jurídico. Pregunta encuadrada dentro de la más amplia, el concepto de derecho natural, el derecho natural como normatividad.

Tenemos por tanto que dejar a un lado el concepto de derecho natural contemplado en su sentido más tradicional estricto, es decir, el fundamentado en la propia naturaleza racional del hombre, y centrarnos en lo que entendemos por objetivismo jurídico. Estamos ante una concepción más amplia, en la que el derecho natural no sólo va a estar fundamentado en esa

naturaleza propia del hombre a la que echo referencia, sino, como señala el profesor Fernández Galeano, de modo genérico hace referencia a toda realidad de la naturaleza que se impone necesariamente a los hombres y con la cual ha de contar de forma ineludible a la hora de legislar. Es decir, se da cabida a cualquier concepción del derecho natural a partir de la existencia de un algo superior, una realidad superior, que sirva de fundamento al derecho positivo y de límite para el mismo.

Es importante destacar las dos características que ha de tener esta realidad superior. Primero, tiene que ser objetiva, es decir, que es algo que el hombre no puede manejar o modificar a su antojo. Y segundo, es jurídica.

Se trata de una realidad que se impone normativamente, por tanto, manda o prohíbe conductas, y origina derechos y deberes. Derivado de estas características que acabamos de señalar, hay que destacar que no se trata sólo de unos valores que puedan tener fuerza moral de obligar, pero no jurídica. Con ello dejamos fuera de este concepto de objetivismo jurídico a toda corriente de pensamiento, como por ejemplo la doctrina de la naturaleza de la cosa y otras, que en la actualidad, y a fuerza de extender este sentido lato del derecho natural, le privan de su carácter normativo.

Podemos concluir diciendo que todo justnaturalismo es un objetivismo jurídico, pero no al revés. Otra pregunta es la noción de derecho a través de la etimología de just y de derecho. Para llegar al conocimiento de lo que es el derecho, parte el profesor Fernández Galeano de un concepto elemental y previo del mismo, el cual es susceptible de sucesivas profundizaciones a medida que avanzamos en el conocimiento de la realidad jurídica.

Llegaremos a este conocimiento por la triple vía de localizar al derecho en el lugar ontológico que le corresponde, contemplarlo a través de los rasgos psicológicos del hombre en relación a lo jurídico y, por último, y aquí entramos de lleno en la pregunta, mediante el análisis etimológico de los términos just y derecho, que también nos van a aportar datos para la mejor comprensión de lo que el derecho es. Autores como Ulpiano y San Isidoro derivan just de justicia, lo que implica derivar un vocablo simple de otro compuesto, lo que evidentemente no parece aceptable, ya que lo lógico es que a partir de un vocablo simple se formen las diversas palabras compuestas. Otros autores lo hacen derivar de iubeo, mandar, iubo, ayudar, o iungo, unir.

Nos encontramos con el mismo problema, lo que hace pensar que hay que buscar la etimología de la palabra just fuera de la lengua latina. A través de profundos estudios lingüísticos los filólogos se han remontado hasta un supuesto sustantivo de origen indoeuropeo que significaría unión, armonía, y a partir del cual podemos atribuir a la noción del derecho la idea de unión o relación ordenada entre personas. En cuanto al término castellano derecho deriva de directus, participio pasado del verbo dirigere.

Se descubre aquí asimismo una raíz indoeuropea, reg, que significa regir, enderezar. A partir de estas dos nociones podemos definir el derecho como ordenación de la convivencia humana

mediante la imposición de unas conductas de rectitud. A continuación vamos a ver las dos preguntas que hacen relación a los derechos fundamentales del hombre.

La primera es los derechos humanos en la actualidad. Una vez estudiado el desarrollo histórico de los derechos humanos y la evolución que han ido experimentando los mismos en las distintas etapas por las que han ido atravesando, nos vamos a centrar en el desarrollo de estos derechos en la actualidad. Para ello hemos de tener en cuenta el antecedente del siglo XIX en el cual empiezan a tomar cuerpo las reivindicaciones de los denominados derechos económicos y sociales.

Va a ser ya en pleno siglo XX cuando estos derechos van a concretarse y con ello se va a completar el cuadro de los llamados derechos civiles, económicos y sociales. A través del estudio en esta lección de la evolución histórica de los derechos humanos hemos podido ver cómo los mismos eran reconocidos en las constituciones particulares de los distintos países, influenciados especialmente por la constitución mexicana de 1917 y la de Weimar de 1919. Los desastres provocados por la segunda guerra mundial suscitaron en el seno de la comunidad internacional la voluntad política de construir una paz duradera para la humanidad y de proteger a los individuos contra las agresiones y los peligros de los regímenes dictatoriales que se habían mostrado como enemigos de cualquier reconocimiento de los derechos del hombre atentando directamente contra ellos.

Este hecho hace que a partir de mediados de este siglo el reconocimiento de los derechos humanos pase del campo de las constituciones nacionales a de las declaraciones de carácter universal. Este será por tanto una de las características fundamentales en la evolución de estos derechos en la actualidad. En la conferencia de San Francisco de 1945 se aprueba la Carta de las Naciones Unidas que tiene como fin primordial en ese primer momento la redacción de un Código de Derechos Humanos con carácter universal y que se conoce como la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ésta ha sido por tanto el punto de partida para otros muchos tratados y convenios firmados por los países que voluntariamente han querido suscribirlos. También hay que hacer mención a la importancia que en este terreno de los derechos fundamentales ha tenido la Iglesia Católica con aportaciones como las contenidas en la encíclica *Pace in Terris* de Juan XXIII o las del Concilio Vaticano II entre otras. Sin embargo queda un punto importante que no podemos olvidar al tratar este tema.

Se trata de la efectividad práctica de estos derechos, amplia y universalmente reconocidos, pero que no obstante las Naciones Unidas no logran crear, al menos hasta el momento, el mecanismo necesario para la realización efectiva de los mismos. Cada día podemos constatar cómo los Derechos Humanos son violados, ya que no hay una fuerza coactiva que obligue a los Estados a respetar el contenido de los tratados voluntariamente suscritos, ya que a lo sumo crean una obligación moral, por lo que el individuo que resulte perjudicado carece de vías para una reparación efectiva. A continuación y siguiendo con el tema de los derechos

fundamentales, examinaremos la fundamentación que de los mismos hace Perelman.

Derivado de lo que en la anterior pregunta hemos dicho, cabe preguntarse cuál sea el fundamento de estos derechos que incluso se sitúan por delante de cualquier otro derecho subjetivo. Varias son las doctrinas que tratan de buscar dicha fundamentación y en este caso nos vamos a limitar a la llamada tesis lógico-sociológica de Perelman. Dicho autor parte del reconocimiento de la insuficiencia del derecho positivo como fundamento de los Derechos Humanos, pero tampoco puede encontrar la base para los mismos a partir del derecho natural entendido en la forma tradicional, es decir, como algo inmutable y elaborado de una vez para siempre y que por tanto no podría ser objeto de modificación por parte de una sociedad evidentemente cambiante y en continua evolución.

Propone Perelman como fundamentación la experiencia y la conciencia morales, pero tampoco lo va a hacer basándose en la experiencia y la conciencia morales de la sociedad globalmente considerada, sino que lo va a hacer por sucesivas aproximaciones. Parte de considerar unos principios elaborados por una élite, los filósofos, y luego hace una generalización sometiendo dichos principios a la aprobación del auditorio universal que se presentan como el conjunto de hombres competentes para juzgar acerca de los mismos. El profesor Fernández Galeano hace la crítica a esta doctrina en dos puntos fundamentales.

Primero, cómo y quién determina la composición de esa aristocracia ética, y segundo, quiénes a su vez se consideran interlocutores válidos. Cabe preguntarse si no se está condenando de raíz la esencia y el carácter universal de los derechos humanos al partir de la elaboración de estos principios por una minoría. Para terminar me voy a referir a las dos preguntas de historia de la filosofía que son comunes a los dos exámenes.

En primer lugar los socráticos menores, cínicos y cirenaicos. Se trata de dos de las llamadas escuelas socráticas menores que de alguna forma pretenden seguir el pensamiento de Sócrates y desarrollarlo. El fundador de la escuela cínica fue Diógenes de Sínope, aunque suele figurar Antístenes por haber sido discípulo de Sócrates.

La escuela cínica va a acentuar el carácter práctico de la sabiduría frente a las especulaciones teoréticas. Siguiendo el pensamiento socrático, la sabiduría tiene como fin supremo hacer al hombre virtuoso, pero los cínicos lo llevan a extremos que les conduce a posturas individualistas y a una continua actitud de protesta contra los convencionalismos de la sociedad en que viven. Al igual que los sofistas contraponen la *physis* al *nomos*, llegando a negar todo valor a la ley humana.

Se deriva por tanto que para la escuela cínica el estado no es algo natural al hombre sino una creación artificial y por ello toda ley humana carece de valor y es posible oponerse a ella. Únicamente habrá que seguir los dictados de la naturaleza, pero entendida ésta de una forma puramente biológica. ¿Cabe hablar de un justnaturalismo en el pensamiento cínico? Parece claro que al partir de un concepto de naturaleza como el indicado, tan alejado de un concepto filosófico, no nos sirva para dar una justificación filosófica al derecho positivo.

La escuela cirenaica, al igual que la escuela cínica, parte del carácter artificial del estado y por tanto de las leyes que de él se derivan y que dan carácter a una determinada sociedad. La diferencia entre ambas escuelas está en que los cirenaicos se limitan a desdeñar dichas leyes, no en oponerse abiertamente a ellas, como hemos visto que hizo la escuela cínica. Terminaremos con San Isidoro.

Vive en el siglo VI y fue obispo de la diócesis de Sevilla. Cabe destacar en San Isidoro la gran empresa que supuso el recopilar a lo largo de muchos años todo lo que en épocas anteriores se había escrito, especialmente de la cultura romana. No se puede hablar de un creador en el sentido estricto de la palabra, pero tampoco se limitó a ser un mero recopilador, ya que en algunos casos imprimió su visión personal y modificó otras.

Su obra se conoce con el título de los orígenes o etimologías, que se contienen en 20 libros. En la obra se abordan toda clase de temas y es en el libro V donde encontramos lo relativo al campo jurídico. La influencia romana en San Isidoro es evidente.

Parte de la distinción romana entre derecho civil, derecho natural y derecho de gentes. El derecho civil lo define como el que cada pueblo o ciudad se da a sí misma por razones humanas o divinas. El derecho natural es aquel común a todas las naciones y que en todas partes es observado por instinto natural y no porque se haya establecido de modo alguno.

En esta definición tenemos que observar dos caracteres. Uno es el carácter de universalidad, sin duda recogido de la definición de Gallo del Jus gentium. Del jurista Paulo se deriva la otra característica, que es la de que el derecho natural posee una justicia intrínseca.

Por último y por lo que se refiere al derecho de gentes, San Isidoro no da una definición propiamente dicha, ya que empieza enumerando lo que puede constituir materia del derecho de gentes y es al final cuando añade un dato etimológico que nos indica claramente la distinción que hace San Isidoro entre derecho natural y derecho de gentes, que en cambio en la doctrina romana aparecen confundidos. La modificación introducida es el adverbio fere, es decir casi, lo que implica la diferencia entre el derecho natural y derecho de gentes en razón de su extensión, ya que el derecho natural abarca a toda la humanidad y es al referirse al derecho de gentes cuando introduce San Isidoro el adverbio fere, con lo que reduce el ámbito de su extensión, siendo por tanto el derecho de gentes el derecho que es observado por casi todos los pueblos. Esto es Revista de Derecho.

Hemos llegado ya al final del programa. Estuvieron con nosotros los profesores del equipo docente de Derecho Romano. Tuvimos también filosofía del derecho y derecho natural.

Vimos cómo había que haber contestado a las pruebas personales de estas dos asignaturas. Y esto fue todo, nada más. Volveremos el próximo viernes.

Hasta pronto.