

BLOC 1. EL FENOMEN JURÍDIC. LA REFLEXIÓ FILOSÒFICA SOBRE EL DRET

Tema 1

Aproximació al concepte de dret

- 1. Aproximació al concepte de dret**
- 2. Dret i altres ordres normatius**
- 3. Dret i societat**
- 4. L'obediència al dret**

1. Aproximació al concepte de dret

a) La tasca de conceptualització té dificultats.

b) Encara representa un paradigma d'ambigüitat per a molts autors poder enumerar les dades més significatives del dret:

- **Caràcter social de l'ésser humà:** allà on no hi ha societat no pot haver-hi dret. El dret regula facetes, conductes i conflictes humans.
- **Naturalesa normativa del dret:** el dret s'expressa a través de normes que manifesten una voluntat d'*haver de ser*.
- **Naturalesa axiològica del dret:** el dret té connotacions morals o valoratives.

1. Aproximació al concepte de dret

c) Dificultats en la definició

- **Per l'ambigüitat del terme** (sentit objectiu, subjectiu, dret com a ciència, com a ideal de justícia...).
- **Per la vaguetat dels conceptes** a què es refereix, són termes vagues en general (ex.: jutge).
- **L'element de la coacció** és per a alguns determinant en la definició (a més de la generalitat, l'eficàcia i la seguretat).

1. Aproximació al concepte de dret

d) Notes més característiques

- Conjunt de normes
- Positives
- Ordenades i jerarquitzades per a formar un sistema
- Coactives
- Creades per certes institucions
- Que estiguen vigents
- Que reflectisquen els valors vigents de la societat

1. Aproximació al concepte de dret

e) Tres dimensions del dret

Fenomen multidisciplinari: fet social, norma i valor.

Dimensió normativa: el dret com a conjunt de normes que indiquen conductes permeses, prohibides o obligatòries. Teoria general del dret.

Dimensió social: dret lligat a la societat concreta i a un temps històric: sociologia del dret.

Dimensió axiològica: fenomen a través del qual es realitza la justícia. El dret no és asèptic, sinó que assumeix una determinada opció moral. Això ens porta a la justificació i les finalitats, al seu sentit, al dret just i a l'obediència al dret: la filosofia del dret s'encarrega d'aquesta dimensió.

- Dimensió històrica o temporal

2. Dret i altres ordres normatius

- a) La **conducta dels individus** es mou sempre en un marc normatiu (jurídic, moral, polític, religiós, etc.).
- b) En aquest punt analitzarem les **relacions entre dret i usos socials i entre dret i moral** fonamentalment (en el tema següent analitzarem les relacions entre dret i política).
- c) **Usos socials**: són les normes més elementals que regulen el comportament dels éssers humans (regles d'urbanitat o d'educació) que afecten qüestions quotidianes.

2. Dret i altres ordres normatius

d) Semblances entre usos socials i dret

- El contingut
- L'estructura formal
- L'heteronomia o l'origen exterior
- L'exterioritat quant al compliment
- La sanció

e) Diferències entre usos socials i dret

- La sanció és una nota comuna; no institucionalitzada en el cas dels usos socials i sí en el dret.
- Més grau de vaguetat i d'ambigüitat en els usos socials, més certesa en les normes jurídiques.
- La justiciabilitat: en cas de diferència pot ser dirimida per un tercer imparcial, inexistent en els usos socials.
- La pertinença (o no) a un ordenament jurídic.

2. Dret i altres ordres normatius

f) Relacions entre dret i moral

- Dret i moral regulen la part més excel·lent del comportament humà i comparteixen conceptes fonamentals com ara deure, obligació, responsabilitat, culpabilitat, etc.
- S'hi estableixen dependències recíproques: tota moral social aspira al suport del dret i el dret recull els pressupòsits de la moral social vigent en més o menys grau.
- ELÍAS DÍAZ: el dret apareix sempre com a realització d'una certa idea de justícia, la que siga, com a materialització d'un cert sistema de valors.

2. Dret i altres ordres normatius

g) Models de relació entre dret i moral

- Model de confusió entre dret i moral. El dret seria una part de la moral (relació de subordinació): allò que és immoral es converteix en il·legal. És el que ocorre en els règims fonamentalistes i integristes, polítics o religiosos, o en els estats confessionals amb una religió oficial.
- Model de total separació entre dret i moral. Per a identificar què és jurídic s'ha de partir d'una exclusió total de qualsevol judici moral valoratiu. És el model seguit pels estats laïcistes.
- Model que proposa la necessitat de diferenciar dret i moral. Entre els dos conceptes hi ha diferències i connexions que s'han d'aclarir. És el model vigent en les democràcies actuals, configurades com a estats constitucionals.

2. Dret i altres ordres normatius

- **Criteris per a distingir dret i moral:** (encara no són clars i definitius)
 - La interioritat de la moral i l'exterioritat del dret.
 - Finalitat i perspectives diferents. Límits.
 - Heteronímia del dret i autonomia de la moral.
 - Imperativitat i atributivitat del dret.
 - Coacció o possibilitat de coacció que el dret pot exercir sobre el subjecte per a obligar-lo a complir la norma.

2. Dret i altres ordres normatius

- **Connexions entre dret i moral**

- Contingut: sovint coincideixen.
- Influència de la moral en el contingut del dret (el dret és l'expressió de la moral social predominant).
- Referències explícites de les normes jurídiques a la moral (Codi penal i Codi civil).

Conclusió: cal distingir entre dret i moral, però no es poden desconèixer les connexions que hi ha entre els dos conceptes. La tradicional polèmica entre jusnaturalisme i positivisme se centra en gran mesura en aquesta qüestió de la connexió entre dret i moral i, també, en les raons per a obeir i per a desobeir al dret.

3. Dret i societat

- **Dret com a fenomen, artifici i construcció humana, de caràcter històric i que respon a diverses variables, interessos i necessitats.**
 - FERRAJOLI: l'ordre jurídic no té una justificació immanent o *per se*, sinó que es justifica en la mesura que siga necessari per a aconseguir unes certes finalitats que es consideren valuoses.
 - PRIETO SANCHIS: el dret és un artifici que implica l'ús de la força i que es basa en aquest factor; i la justificació de la força només pot apel·lar a la necessitat de garantir certes finalitats valuoses externes al mateix dret, com ara eliminar o mitigar la violència informal que es desplega al marge del dret.
 - Ambdues opinions són complementàries. Cal fer referència a la funció del dret per a completar-les. La funció bàsica del dret consisteix a dirigir la conducta dels individus al servei d'una finalitat última que es vol que siga satisfeta (ex.: tabac).

3. Dret i societat

- **El dret inclou un entramat de finalitats i mitjans, amb objectius principals i objectius accessoris, que compleixen diverses funcions simultàniament.**
 - **Funció de control social:** dirigir la conducta dels individus, ja siga per a la promoció o per a la prevenció amb premis o càstigs. Estat liberal: intervenció mínima i principi de llibertat.
 - **Funció de mitjà de resolució de conflictes:** el millor exemple és el dret privat, en què preval el principi de l'autonomia de la voluntat.
 - **Configura les condicions de vida:** amb una intervenció més o menys alta (ex.: estat social que aspira a una determinada ordenació de la societat i a un determinat repartiment de béns bàsics).
 - **Organització del poder social**
 - **Legitima la identificació dels individus amb el sistema de valors** en què descansa el poder i l'ordre jurídic (ex.: procediment democràtic).

3. Dret i societat

- En resum

El dret busca dirigir la conducta dels individus amb la finalitat d'aconseguir o evitar que es produïsquen determinats resultats.

4. L'obediència al dret

- **L'obediència al dret sorgeix com a problema** en els mateixos orígens de la història del pensament jurídic. Es planteja si aquesta desobediència és només jurídica o també moral i política.
- **En les societats democràtiques actuals** (on els ciutadans participen cada vegada més en l'elaboració de les normes) s'observa un auge dels fenòmens de desobediència al dret.
- **Raó:** el dret, a més de reconèixer i garantir drets, imposa també obligacions i deures, alguns dels quals comporten la realització de prestacions personals que afecten directament els valors morals de la consciència dels individus.

4. L'obediència al dret

- **Raons de tipus moral que justifiquen l'obediència al dret**
 - Els continguts de justícia (el dret es presumeix just). Compliment espontani.
 - El dret inclou els continguts bàsics de la moral social vigent.
 - La legitimitat democràtica del poder polític.
 - Altres raons: coacció, necessitat d'una convivència pacífica, la seguretat, l'interès particular, l'interès comú i el temor a les conseqüències negatives (penes i sancions).
- **Els autors següents coincideixen en el fet de l'existència de raons per a l'obediència, però també per al contrari:** (GONZÁLEZ VIVES, E. FERNÁNDEZ, MUGUERZA, E. i DÍAZ).
- **Hi ha dues formes de desobediència: l'objecció de consciència i la desobediència civil.** Conceptualment són difícils de distingir (perquè en ambdues es produeix l'incompliment d'una norma, ambdues accepten la validesa de l'ordenament en conjunt i ambdues són formes no violentes), però l'objecció de consciència és un dret i la desobediència només una situació de fet que afecta el dret.

4. L'obediència al dret

➤ L'objecció de consciència

- No busca modificar la norma o derogar-la.
- Respecta la legalitat i legitimitat de la norma.
- Té la pretensió de ser castigat per l'incompliment i ser eximit del deure jurídic que la norma li imposa sense cap conseqüència.
- Es du a terme de forma pacífica.
- Dret consagrat a l'article 16 CE. Jurisprudència contradictòria del TC (STC 53/85 i STC 121/87).
- Previsió legal de l'objecció de consciència: avortament i servei militar.
- En la actualitat s'han obert altres fronts: educació, bioètica, judicatura i llibertat religiosa.

4. L'obediència al dret

➤ La desobediència civil

- Consisteix a incomplir una norma jurídica o més d'una sense violència i amb l'objectiu d'aconseguir la modificació d'aquesta norma o d'altres perquè es consideren injustes o immorals.
 - La desobediència té una finalitat política, és pública i manifesta.
 - Els motius poden ser morals, però també polítics i jurídics.
 - El desobedient accepta les conseqüències jurídiques en cas d'incompliment de la norma (la sanció o pena).
 - Té la pretensió de moure la opinió pública perquè abraça la seua causa i que considere injusta una certa norma.
 - La norma es denuncia i es busca derogar-la.
 - Ex.: Sòcrates, T. Moro, Ghandi, Luther King.
- En les dictadures, la desobediència civil té una justificació clara, però és més difícil en els sistemes democràtics, si bé no es pot descartar, com sabem (situacions de vulneració de principis, valors superiors o drets fonamentals).

BLOC 1. EL FENOMEN JURÍDIC. LA REFLEXIÓ FILOSÒFICA SOBRE EL DRET

Tema 1

Aproximació al concepte de dret

- 1. Aproximació al concepte de dret**
- 2. Dret i altres ordres normatius**
- 3. Dret i societat**
- 4. L'obediència al dret**

1. Aproximació al concepte de dret

a) La tasca de conceptualització té dificultats.

b) Encara representa un paradigma d'ambigüitat per a molts autors poder enumerar les dades més significatives del dret:

- **Caràcter social de l'ésser humà:** allà on no hi ha societat no pot haver-hi dret. El dret regula facetes, conductes i conflictes humans.
- **Naturalesa normativa del dret:** el dret s'expressa a través de normes que manifesten una voluntat d'*haver de ser*.
- **Naturalesa axiològica del dret:** el dret té connotacions morals o valoratives.

1. Aproximació al concepte de dret

c) Dificultats en la definició

- **Per l'ambigüitat del terme** (sentit objectiu, subjectiu, dret com a ciència, com a ideal de justícia...).
- **Per la vaguetat dels conceptes** a què es refereix, són termes vagues en general (ex.: jutge).
- **L'element de la coacció** és per a alguns determinant en la definició (a més de la generalitat, l'eficàcia i la seguretat).

1. Aproximació al concepte de dret

d) Notes més característiques

- Conjunt de normes
- Positives
- Ordenades i jerarquitzades per a formar un sistema
- Coactives
- Creades per certes institucions
- Que estiguen vigents
- Que reflectisquen els valors vigents de la societat

1. Aproximació al concepte de dret

e) Tres dimensions del dret

Fenomen multidisciplinari: fet social, norma i valor.

Dimensió normativa: el dret com a conjunt de normes que indiquen conductes permeses, prohibides o obligatòries. Teoria general del dret.

Dimensió social: dret lligat a la societat concreta i a un temps històric: sociologia del dret.

Dimensió axiològica: fenomen a través del qual es realitza la justícia. El dret no és asèptic, sinó que assumeix una determinada opció moral. Això ens porta a la justificació i les finalitats, al seu sentit, al dret just i a l'obediència al dret: la filosofia del dret s'encarrega d'aquesta dimensió.

- Dimensió històrica o temporal

2. Dret i altres ordres normatius

- a) La **conducta dels individus** es mou sempre en un marc normatiu (jurídic, moral, polític, religiós, etc.).
- b) En aquest punt analitzarem les **relacions entre dret i usos socials i entre dret i moral** fonamentalment (en el tema següent analitzarem les relacions entre dret i política).
- c) **Usos socials**: són les normes més elementals que regulen el comportament dels éssers humans (regles d'urbanitat o d'educació) que afecten qüestions quotidianes.

2. Dret i altres ordres normatius

d) Semblances entre usos socials i dret

- El contingut
- L'estructura formal
- L'heteronomia o l'origen exterior
- L'exterioritat quant al compliment
- La sanció

e) Diferències entre usos socials i dret

- La sanció és una nota comuna; no institucionalitzada en el cas dels usos socials i sí en el dret.
- Més grau de vaguetat i d'ambigüïtat en els usos socials, més certesa en les normes jurídiques.
- La justiciabilitat: en cas de diferència pot ser dirimida per un tercer imparcial, inexistent en els usos socials.
- La pertinença (o no) a un ordenament jurídic.

2. Dret i altres ordres normatius

f) Relacions entre dret i moral

- Dret i moral regulen la part més excel·lent del comportament humà i comparteixen conceptes fonamentals com ara deure, obligació, responsabilitat, culpabilitat, etc.
- S'hi estableixen dependències recíproques: tota moral social aspira al suport del dret i el dret recull els pressupòsits de la moral social vigent en més o menys grau.
- ELÍAS DÍAZ: el dret apareix sempre com a realització d'una certa idea de justícia, la que siga, com a materialització d'un cert sistema de valors.

2. Dret i altres ordres normatius

g) Models de relació entre dret i moral

- Model de confusió entre dret i moral. El dret seria una part de la moral (relació de subordinació): allò que és immoral es converteix en il·legal. És el que ocorre en els règims fonamentalistes i integristes, polítics o religiosos, o en els estats confessionals amb una religió oficial.
- Model de total separació entre dret i moral. Per a identificar què és jurídic s'ha de partir d'una exclusió total de qualsevol judici moral valoratiu. És el model seguit pels estats laïcistes.
- Model que proposa la necessitat de diferenciar dret i moral. Entre els dos conceptes hi ha diferències i connexions que s'han d'aclarir. És el model vigent en les democràcies actuals, configurades com a estats constitucionals.

2. Dret i altres ordres normatius

- **Criteris per a distingir dret i moral:** (encara no són clars i definitius)
 - La interioritat de la moral i l'exterioritat del dret.
 - Finalitat i perspectives diferents. Límits.
 - Heteronímia del dret i autonomia de la moral.
 - Imperativitat i atributivitat del dret.
 - Coacció o possibilitat de coacció que el dret pot exercir sobre el subjecte per a obligar-lo a complir la norma.

2. Dret i altres ordres normatius

- **Connexions entre dret i moral**

- Contingut: sovint coincideixen.
- Influència de la moral en el contingut del dret (el dret és l'expressió de la moral social predominant).
- Referències explícites de les normes jurídiques a la moral (Codi penal i Codi civil).

Conclusió: cal distingir entre dret i moral, però no es poden desconèixer les connexions que hi ha entre els dos conceptes. La tradicional polèmica entre jusnaturalisme i positivisme se centra en gran mesura en aquesta qüestió de la connexió entre dret i moral i, també, en les raons per a obeir i per a desobeir al dret.

3. Dret i societat

- **Dret com a fenomen, artifici i construcció humana, de caràcter històric i que respon a diverses variables, interessos i necessitats.**
 - FERRAJOLI: l'ordre jurídic no té una justificació immanent o *per se*, sinó que es justifica en la mesura que siga necessari per a aconseguir unes certes finalitats que es consideren valuoses.
 - PRIETO SANCHIS: el dret és un artifici que implica l'ús de la força i que es basa en aquest factor; i la justificació de la força només pot apel·lar a la necessitat de garantir certes finalitats valuoses externes al mateix dret, com ara eliminar o mitigar la violència informal que es desplega al marge del dret.
 - Ambdues opinions són complementàries. Cal fer referència a la funció del dret per a completar-les. La funció bàsica del dret consisteix a dirigir la conducta dels individus al servei d'una finalitat última que es vol que siga satisfeta (ex.: tabac).

3. Dret i societat

- **El dret inclou un entramat de finalitats i mitjans, amb objectius principals i objectius accessoris, que compleixen diverses funcions simultàniament.**
 - **Funció de control social:** dirigir la conducta dels individus, ja siga per a la promoció o per a la prevenció amb premis o càstigs. Estat liberal: intervenció mínima i principi de llibertat.
 - **Funció de mitjà de resolució de conflictes:** el millor exemple és el dret privat, en què preval el principi de l'autonomia de la voluntat.
 - **Configura les condicions de vida:** amb una intervenció més o menys alta (ex.: estat social que aspira a una determinada ordenació de la societat i a un determinat repartiment de béns bàsics).
 - **Organització del poder social**
 - **Legitima la identificació dels individus amb el sistema de valors** en què descansa el poder i l'ordre jurídic (ex.: procediment democràtic).

3. Dret i societat

- En resum

El dret busca dirigir la conducta dels individus amb la finalitat d'aconseguir o evitar que es produïsquen determinats resultats.

4. L'obediència al dret

- **L'obediència al dret sorgeix com a problema** en els mateixos orígens de la història del pensament jurídic. Es planteja si aquesta desobediència és només jurídica o també moral i política.
- **En les societats democràtiques actuals** (on els ciutadans participen cada vegada més en l'elaboració de les normes) s'observa un auge dels fenòmens de desobediència al dret.
- **Raó:** el dret, a més de reconèixer i garantir drets, imposa també obligacions i deures, alguns dels quals comporten la realització de prestacions personals que afecten directament els valors morals de la consciència dels individus.

4. L'obediència al dret

- **Raons de tipus moral que justifiquen l'obediència al dret**
 - Els continguts de justícia (el dret es presumeix just). Compliment espontani.
 - El dret inclou els continguts bàsics de la moral social vigent.
 - La legitimitat democràtica del poder polític.
 - Altres raons: coacció, necessitat d'una convivència pacífica, la seguretat, l'interès particular, l'interès comú i el temor a les conseqüències negatives (penes i sancions).
- **Els autors següents coincideixen en el fet de l'existència de raons per a l'obediència, però també per al contrari:** (GONZÁLEZ VIVES, E. FERNÁNDEZ, MUGUERZA, E. i DÍAZ).
- **Hi ha dues formes de desobediència: l'objecció de consciència i la desobediència civil.** Conceptualment són difícils de distingir (perquè en ambdues es produeix l'incompliment d'una norma, ambdues accepten la validesa de l'ordenament en conjunt i ambdues són formes no violentes), però l'objecció de consciència és un dret i la desobediència només una situació de fet que afecta el dret.

4. L'obediència al dret

➤ L'objecció de consciència

- No busca modificar la norma o derogar-la.
- Respecta la legalitat i legitimitat de la norma.
- Té la pretensió de ser castigat per l'incompliment i ser eximit del deure jurídic que la norma li imposa sense cap conseqüència.
- Es du a terme de forma pacífica.
- Dret consagrat a l'article 16 CE. Jurisprudència contradictòria del TC (STC 53/85 i STC 121/87).
- Previsió legal de l'objecció de consciència: avortament i servei militar.
- En la actualitat s'han obert altres fronts: educació, bioètica, judicatura i llibertat religiosa.

4. L'obediència al dret

➤ La desobediència civil

- Consisteix a incomplir una norma jurídica o més d'una sense violència i amb l'objectiu d'aconseguir la modificació d'aquesta norma o d'altres perquè es consideren injustes o immorals.
 - La desobediència té una finalitat política, és pública i manifesta.
 - Els motius poden ser morals, però també polítics i jurídics.
 - El desobedient accepta les conseqüències jurídiques en cas d'incompliment de la norma (la sanció o pena).
 - Té la pretensió de moure la opinió pública perquè abraça la seua causa i que considere injusta una certa norma.
 - La norma es denuncia i es busca derogar-la.
 - Ex.: Sòcrates, T. Moro, Ghandi, Luther King.
- En les dictadures, la desobediència civil té una justificació clara, però és més difícil en els sistemes democràtics, si bé no es pot descartar, com sabem (situacions de vulneració de principis, valors superiors o drets fonamentals).



BLOC DOS. EVOLUCIÓ DE LA FILOSOFIA JURÍDICA MODERNA

Tema 3

Pressupòsits filosòfics de la ciència jurídica moderna

3.1. El jusnaturalisme

3.2. El positivisme

3.3. El realisme jurídic

3.4. Cap a una concepció integral del fenomen jurídic

3. 1. El jusnaturalisme

Plantejament del debat actual de les doctrines imperants (PRIETO SANCHIS).

El debat actual es mou entre les consignes de dues doctrines fonamentalment vigents amb més o menys força al llarg del pensament filosòficojurídic: el jusnaturalisme i el positivisme.

- **El jusnaturalisme (I)**
 - Caracterització general
 - Recorregut històric breu
 - Crisi del jusnaturalisme
 - Altres postures a què deixarà pas

3.1. El jusnaturalisme

a) Caracterització general

- **Contingut moral:** el jusnatunaturalisme afirma l'existència de certs principis de justícia universalment vàlids i cognoscibles i manté que hi ha una relació de dependència entre el dret positiu i aquests principis de justícia: el caràcter jurídic d'una norma depèn de l'adequació a aquests principis.
- **Exigència de justícia:** la justícia passa a exercir una funció conceptual en la definició de jurídic. El dret no és simplement allò que regeix una comunitat, sinó també allò que, a més, és moralment just.

3.1. El jusnaturalisme

- **Deure moral d'obediència:** si en la definició de dret incloem una exigència de justícia, sembla lògic afegir-hi un deure moral d'obediència al dret.
- **Trets fonamentals del jusnaturalisme**
 - Existència d'un ordre objectiu de valors inserit en la naturalesa humana, anomenat dret natural.
 - Existència de principis morals universalment vàlids i cognoscibles pels éssers humans.
 - El dret que no observa aquests principis morals justos no pot ser un tal dret.
 - Dualisme. El dret natural admet l'existència del dret positiu, que deriva del dret natural i amb el qual manté una relació de jerarquia.
 - Hi ha una relació entre dret natural i dret positiu, en què el primer és instrument de control i de mesura del segon.

3.1. El jusnaturalisme

b) Recorregut històric

- Primera cultura clàssica. Polis grega (no existeix un ordre ètic propi de la persona, diferent i superior al de les regles que defineixen la seua posició com a ciutadà).
- Edat mitjana. Apareix la idea d'un déu personal i legislador que se situa per damunt de qualsevol ordre natural.
 - Tesi voluntarista. Sant Agustí
 - Tesi intel·lectualista. Sant Tomàs
 - Escola espanyola de dret natural
- El dret natural modern: racionalisme. Comporta una completa emancipació de la teologia. Afirmar un ordre normatiu (jurídic i moral) independent de tota experiència o revelació. Teories pactistes i contracte social.

El constitucionalisme actual representa la transició del jusnaturalisme racionalista a un sistema de dret positiu que troba en la protecció dels drets fonamentals la seua tasca bàsica i la font de legitimitat de les actuacions que emprèn.

3.1. El jusnaturalisme

c) La crisi del jusnaturalisme i el ressorgiment posterior

- Crítiques al jusnaturalisme: BOBBIO, HUME i MOORE
 - Rebuig del *cognitivisme ètic*.
 - La *fal·làcia naturalista* (impossibilitat de deduir valors dels purs fets).
 - La crisi no és definitiva i, sovint, es parla d'un etern retorn al dret natural en el sentit de dret natural com a dret ètic.
- E. FERNÁNDEZ: “la referència al dret natural serveix per a mantenir viva la necessària i justificada aspiració del dret positiu a ser just”.
- PÉREZ LUÑO: el jusnaturalisme comporta “l'exigència de ser fonament i límit de tot dret positiu”.

3.2. El positivisme

Si el jusnaturalisme no era una doctrina unitària i homogènia, el positivisme jurídic (PJ) mostra encara més diversitat.

- a) Origen:** el PJ comporta traslladar a l'esfera del dret els postulats d'un cert moviment filosòfic del s. XIX en què s'intenten aplicar les eines metodològiques d'aquest moviment a l'àmbit jurídic.
- L'esgotament de la Il·lustració i el reemplaçament per l'historicisme o romanticisme.
 - El pensament que sosté el PJ és que el coneixement de qualsevol realitat reclama una actitud passiva, no constructiva; el subjecte coneix i no construeix l'objecte; l'única cosa que podem conèixer són els éssers i les coses: mètode científic i no la metafísica per arribar al coneixement.
 - Estatalització del dret. Formalisme del dret: el dret ja no pot afirmar-se pel contingut, sinó sols per la forma, pel procediment.

* Monisme jurídic: l'únic dret que existeix és el dret positiu.

3.2. El positivisme

***b)* Concepte del dret per al PJ**

- El dret es concep com un fenomen social.
- Allò que el singularitza és l'ús de la força.
- Separació conceptual entre dret i moral, entre el dret que és i el dret que ha de ser.
- Neutralitat, entesa com a aproximació avalorativa al concepte de dret.
- No pot existir una obligació moral d'obediència al dret.

En resum, el dret és un fet social que té origen en la voluntat dels homes, que apareix vinculat a la força, l'ús de la qual regula, i que pot ser just o injust i, per això, permet una aproximació neutral, sense subministrar tampoc cap raó moral en favor de l'obediència.

3.2. El positivisme

c) Hi ha dos vessants del PJ (bàsicament)

- **Positivisme ideològic o formalisme ètic.** BOBBIO. Sosté que el dret, pel mer fet de ser un ordre social de convivència, garanteix certs valors morals com la seguretat, la certesa, la previsibilitat de les conductes, la pau, etc., per la qual cosa no és difícil deduir d'ací una obligació d'obediència al dret.
- **Positivisme inclusiu o incorporacionisme.** Sense renunciar a la definició prèvia, reconeixen que els sistemes jurídics inclouen normes substantives de caràcter moral (els principis i valors constitucionals) que representen criteris de validesa de les normes i d'enjudiciament de conductes. Subratlla el paper de l'argumentació jurídica (existència de criteris que permeten assegurar l'objectivitat i la racionalitat de les decisions adoptades a partir de regles morals).

3.2. El positivisme

d) L'aportació del PJ com a teoria del dret

El PJ ha defensat dues concepcions de la interpretació obertament contradictòries. Segons l'una, el dret com a sistema ple i coherent es pot aplicar de manera mecànica o subsumptiva, el jutge actua com un autòmat i la seua subjectivitat no influeix en la decisió: el dret sempre ofereix la resposta correcta que el jutge ha de trobar. Segons l'altra concepció, més madura, el dret té llacunes i contradiccions internes, pateix vaguetat congènita i sempre hi haurà una zona de penombra en què la correcta elecció del jutge serà dubtosa, i és ací on disposa d'una relativa però irremeiable discrecionalitat.

D'altra banda, el PJ és una teoria del dret sense teoria de l'argumentació, cosa que és inimaginable en un sistema jurídic modern i complet.

3.2. El positivisme

e) Relacions entre jusnaturalisme i positivisme

Les relacions entre J i PJ, tractats a vegades com a enemics fraternals, són molt variades, complexes i depenen en gran manera de la perspectiva des de la qual s'analitze l'una i l'altra doctrina. BOBBIO: *problema del positivisme jurídic*.

- Com a ideologia de la justícia.
- Com a contribució a la teoria general del dret.
- Com diverses maneres d'aproximar-se a l'estudi del dret.

D'ara endavant, recomana BOBBIO, cal anar amb una certa cautela en l'atribució a aquest o aquell autor del mèrit o demèrit de ser jusnaturalista o positivista. Depèn del punt de vista on un se situa per a jutjar-lo. Ell mateix es confessa jusnaturalista davant l'enfrontament de les ideologies; respecte al mètode és positivista i jusnaturalista, i respecte a la teoria general del dret no és ni una cosa ni l'altra.

En conclusió, les relacions entre J i PJ són ben variades i complexes.

3.3. El realisme jurídic

- Igual que abans el J i el PJ, el corrent del realisme jurídic (RJ), amb les seues variants, tracta també de donar resposta a la pregunta *què és el dret?* Tracta de determinar des d'un altre punt de vista l'essència del discurs jurídic i allò que li permet transformar la força en autoritat i el costum en llei, qüestió que ha ocupat el pensament dels filòsofs més importants de la història dedicats al món jurídic.
- Les preguntes continuen sent les mateixes: què és el dret, quina naturalesa té i d'on obté la validesa, és a dir, quin és el fonament del dret.
- Si els positivistes han concedit rellevància a les normes i els jusnaturalistes als elements axiològics basats en la naturalesa de l'ésser humà, els realistes se centren en els fets i les actuacions dels operadors jurídics, i combinen per a definir el dret els tres elements esmentats: norma, valor i fet.
- La concepció realista defensa que el dret ha de tractar-se sempre a partir dels fets, de l'experiència i les actuacions dels operadors jurídics.
- L'RJ deriva d'un corrent de pensament general (principi del s. XX) com és el pragmatisme i l'utilitarisme: la veritat radica en la utilitat i, per tant, tot coneixement és pràctic si serveix per a alguna cosa, si és possible de realitzar.

3.3. El realisme jurídic

- L'herència del realisme filosòfic va madurar en el camp de la jurisprudència abans que en les altres ciències socials i apuntalà un fenomen, que ja havia començat JHERING a Alemanya, i que als EUA cobraria força a través del jutge HOLMES. L'RJ es manifesta contra els normativismes i els corrents axiològics i assenyala que més enllà de la norma (P) o del valor (J) el dret és sempre **acció**, com també l'efecte d'actes concrets en la vida dels homes.
- Es parla de **tres concepcions dins de l'RJ**, diferents entre si però que comparteixen els mateixos elements:
 - **RJ alemany: JHERING, BULLOW**
El dret no és un mer cos normatiu, no és un deure sinó una realitat fàctica. És el comportament real de certes persones, especialment els jutges que creen el dret. És a través de les seues decisions que el dret es construeix.

3.3. El realisme jurídic

○ **RJ nord-americà: HOLMES, POUND, LLEWELLYN i FRANK**

És el vessant més conegut de l'RJ, representat per un grup de juristes brillants que han exercit fins ara una enorme influència en el sistema jurídic nord-americà.

Els postulats poden resumir-se en els punts següents:

1. El dret com un fluir, el dret en moviment i la creació judicial del dret.
2. La societat flueix més ràpid que el dret: el dret s'adequa a la societat a què vol servir.
3. Divorci temporal entre l'ésser i el deure amb finalitats d'estudi.
4. Desconfiança envers les regles i els conceptes jurídics tradicionals.
5. Utilitat d'agrupar casos i situacions jurídiques en categories. D'ací naixerà el *precedent*.
6. La mesura del dret és la utilitat i els efectes que té.
7. Atac als problemes del dret seguint les línies prèvies del J i del PJ.

L'RJ nord-americà ha donat forma al sistema jurídic dels EUA. El jutge és la figura principal en els processos judicials nord-americans i els precedents, és a dir, la conducta dels jutges, arriben a ser a vegades més importants que la llei mateixa.

3.3. El realisme jurídic

- **RJ escandinau**

Es caracteritza perquè entra de ple en aspectes de teoria del dret sense deixar al marge qüestions de jurisdicció. L'originalitat d'aquest realisme jurídic resideix a criticar els conceptes jurídics tradicionals, que considera irreal. Opina que el dret és un conjunt de fets més que no un conjunt de normes, és com una gran maquinària creada amb el propòsit de protegir la societat. La justícia és part del dret només quan l'ordre jurídic o social és eficaç i realment aplicat; complot per la societat.

Juristes de l'RJ escandinau són: HAGERSTROM, LUNDSTEDT, ROSS i ELEKOF (tots de la Universitat de Hèlsinki). Apunten cap a un positivisme crític; que la norma positiva tinga regles per a la seua pròpia crítica immanent.

- No existeix pròpiament una *escola de realistes*, sinó que tots aquest autors estan units pel rebuig a normativismes d'un costat i a corrents axiològics de l'altre, com també per la valentia de decidir lluitar contra l'idealisme, retornar el dret a la terra i rescatar el valor de la pràctica i l'acció en un ambient cada vegada més teòric.

3.4. Cap a una concepció integral del fenomen jurídic

- ✓ Com hem vist, hi ha hagut diversos mètodes d'aproximació a l'estudi de la realitat jurídica.
- ✓ La qüestió del mètode continua sent l'autèntica pedra filosofal del coneixement jurídic, entenent per mètode el fet que es discuteix des de diverses perspectives i es parla en llenguatges diferents, i poques vegades això ens ajuda a entendre més i millor el fenomen jurídic.
- ✓ És clar que el dret es pot estudiar des de perspectives molt diferents que no han de ser incompatibles sinó complementàries, cadascuna oferirà una visió parcial (perspectiva del jutge, de l'operador jurídic, del teòric, de l'advocat o l'acadèmic). Vici del reduccionisme.
- ✓ És necessària una visió integrada de les diverses concepcions, totes són parcials i importants, per a aportar uniformitat i validesa general.
- ✓ Totes les teories jurídiques vistes no han tingut només funcions cognoscitives, sinó també politicoideològiques, amb el perill consegüent que això comporta i que no es pot oblidar tampoc.



Tema 4

L'estat de dret

- 4.1. L'estat de dret**
- 4.2. L'estat constitucional de dret**
- 4.3. Principi de legalitat i principi de constitucionalitat: el paper del jutge**
- 4.4. El neoconstitucionalisme o constitucionalisme contemporani**

4.1. L'estat de dret

Després d'analitzar les principals concepcions al voltant del que es considera el dret (recordeu-ho: J i PJ bàsicament) és imprescindible tractar el marc on es desplegarà tot això que volem assolir amb el dret (genèricament, justícia). Faré, doncs, un breu recorregut per l'evolució de l'Estat.

- L'*estat de dret*, més que una categoria, és una ideologia jurídica, perquè això de *de dret* no és una característica consubstancial al concepte d'*estat*.
- L'estat de dret representa un model de govern *sub leges* i *per leges*: el govern de la llei enfront del govern dels homes. Respon a la qüestió de la legitimitat del poder.

4.1. L'estat de dret

- **Estat liberal (1789-1918)**

- a)* Sorgeix de la Revolució Francesa i del context socioeconòmic i ideològic del liberalisme clàssic.
- b)* Separació de poders: executiu, legislatiu i judicial.
 - Supremacia de la llei: legislador omnipotent.
 - Sobirania popular.
 - Independència judicial i vinculació a la llei.
- c)* Catàleg de drets i llibertats (polítics i civils): Declaració de Drets de l'Home i del Ciutadà, 1789.
- d)* Constitucions formals: carta merament política. Els drets només tindrien eficàcia jurídica en la mesura que la llei els reconeguera i amb l'abast que els donara, però no comporta un límit al poder legislatiu: estat legislatiu de dret.

4.1. L'estat de dret

e) Limitacions i insuficiències clares (individualisme, desigualtats socials, explotació, pobresa en les classes obreres). Només els ciutadans (home blanc i propietari) eren titulars dels drets reconeguts. Les dones, els treballadors i llauradors (ciutadans passius) queden exclosos dels afers públics.

- **Estat social (1919)**

- a) Insuficiències prèvies patents després de la Primera Guerra Mundial.
- b) Constitució de Weimar, 1919 (primera del constitucionalisme que reconeix drets socials) per a compatibilitzar la llibertat dels individus amb les exigències de justícia social.
- c) Comporta la intervenció de l'Estat en l'economia i la distribució de recursos per a garantir béns i serveis essencials. Funcions redistributives i promocionals de l'Estat.

4.1. L'estat de dret

- d) Influència del moviment obrer, del socialisme democràtic i de la doctrina social de l'Església.
- e) Incorporació de drets socials (educació, ocupació, seguretat, etc.) per a aconseguir la igualtat real: estat del benestar.
- f) Constitució econòmica: regulació dels processos econòmics.
- g) Estat assistencial: assumeix les tasques de redistribució de renda, règims laborals i salarials i prestació de serveis públics.

Superada aquesta primera fase de l'estat de dret (en la versió liberal i social) apareix en època més recent un concepte d'Estat que superaria la visió anterior i postularia un nou horitzó en la ciència jurídica: l'estat constitucional de dret.

4.2. L'estat constitucional de dret

- Són constitucionals els models d'Estat en què juntament amb la llei existeix una constitució democràtica amb autèntic caràcter normatiu que estableix límits jurídics al poder a fi de garantir les llibertats i els drets dels ciutadans.
- En aquest model, la constitució i la carta de drets que inclou no és un mer document polític o conjunt de directrius programàtiques dirigides al legislador, sinó una autèntica norma jurídica amb eficàcia directa dins de l'ordenament.
- L'estat constitucional inclou, juntament amb el principi de legalitat, el principi de constitucionalitat i, així, estableix una *supralegalitat* política i jurídica.

4.2. L'estat constitucional

- Té l'origen als EUA, amb la Declaració d'Independència de 1776. Més tard apareixen les constitucions europees: Itàlia, 1947; Alemanya, 1949; Grècia, 1975; Portugal, 1976 i Espanya, 1978.
- Es va estendre durant els anys vuitanta per molts països de l'Amèrica Llatina; més tard pels antics països socialistes i s'ha traslladat també a l'àmbit internacional: Carta de les Nacions Unides, DUDH (1948) i la creació de tribunals internacionals de justícia.
- Caràcter normatiu de la constitució. Canvi de les *relacions legislació-jurisdicció*: vinculació del jutge al dret i als principis constitucionals més que a la llei. Fins al punt que podria no aplicar-la si la considera contrària a la constitució.

4.3. Principi de legalitat i principi de constitucionalitat: el paper del jutge

- El principi de constitucionalitat fixat per l'estat constitucional estableix la supremacia constitucional: té la missió de garantir i desplegar els principis i valors constitucionals.
- El principi de constitucionalitat se situa per damunt del principi de legalitat. A més, esdevé un límit infranquejable a l'omnipresència del poder legislatiu: els principis, valors i drets consagrats en la constitució resten per damunt de la sobirania legislativa (fonament de l'ordre jurídic). La llei no pot contravenir a aquests principis, valors i drets, sinó que ha de garantir-los i desplegar-los.
- El jutge és el garant últim d'aquests principis, valors i drets constitucionals. Teoria jurídica del garantisme (FERRAJOLI).

4.3. Principi de legalitat i principi de constitucionalitat: el paper del jutge

- Paper crucial del jutge. Continua vinculat a la llei, però sobretot està vinculat a la constitució.
- Sistemes de revisió judicial (*judicial review*: judici directe de constitucionalitat per part del jutge ordinari. Els jutges poden *saltar-se* la llei i aplicar directament la constitució.
- Sistemes de control concentrat (tribunals constitucionals): els jutges estan obligats a presentar la *qüestió de constitucionalitat*.
- La translació a la pràctica d'aquest model té problemes pel poder que es confereix als jutges i la discussió constant sobre les seues decisions.

4.4. El neoconstitucionalisme o constitucionalisme contemporani

- Principi de legalitat i principi de constitucionalitat: si combinem tots dos es tractaria de *constitucions normatives garantides*. PRIETO SANCHIS.
- Nova cultura jurídica: omnipresència de la constitució.
- El neoconstitucionalisme implica l'omnipotència judicial en lloc de l'autonomia del legislador ordinari i la coexistència d'una constel·lació plural de valors.
- Judici de ponderació: buscar la millor decisió quan en l'argumentació hi ha raons que justifiquen el conflicte que es presenta i el mateix valor (proporcionalitat i raonabilitat en l'argumentació).
- Difícil frontera d'exercici i limitació dels drets fonamentals en què es té com a referent últim el compliment de la justícia —constitucional— a la qual estan obligats els poders públics.

BLOC TRES. ONTOLOGIA I AXIOLOGIA JURÍDICA

Tema 5

La dimensió axiològica del dret Les teories de la justícia

5.1. La justícia com a fi del dret

5.2. La justícia i els valors jurídics

5.3. Justícia formal i justícia material

5.4. Teories de la justícia

5.1. La justícia com a fi del dret

Hem fet referència a la dimensió social del dret (fenomen present en totes les societats que adquireixen un mínim d'organització i estructura). Es produeixen canvis en la societat i en el dret recíprocament (sociologia del dret).

Hem analitzat el vessant normatiu del dret, el dret com a norma i els diversos corrents, jusnaturalisme i positivisme, respecte al punt de vista ontològic (teoria general del dret).

Ara ens endinsem en la part axiològica d'aquest dret, que tracta de donar resposta a l'existència humana i al sentit del dret, a l'essència, al fonament, a la justificació i el sentit del dret (filosofia del dret). Referència a un sistema de valors. No hi ha un dret asèptic, sinó que tota norma *pren partit* i assumeix una determinada opció moral.

5.1. La justícia com a fi del dret

- La justícia és un valor que està present en tots els àmbits de la pràctica humana i en tots els sistemes normatius.
- La justícia naix com una qüestió vital de l'ésser humà amb un contingut ampli però també difús.
- La justícia pot concebre's des del punt de vista subjectiu (virtut personal) i objectiu (qualitat de les normes), però no existeix una distinció taxativa entre l'una i l'altra esfera, perquè la justícia se situa en la intersecció entre la vida personal i la vida social.
- El que busca un ordenament jurídic és realitzar una determinada concepció de la justícia, que sempre es manté com a instància valorativa respecte al dret positiu. Tensió entre dret real i dret ideal.
- En l'estat de dret actual cal exigir uns mínims de justícia perquè puga legitimar-se i denominar-se com a tal: garantia d'uns drets fonamentals.

5.2. La justícia i els valors jurídics

- La justícia com a fi del dret s'identifica des de KANT amb la realització de dos valors fonamentals: llibertat i igualtat.
- Alhora hi ha la seguretat jurídica, entesa com la manera com el dret jutja una conducta o situació. És indispensable perquè els altres dos valors puguin realitzar-se.
- Com es relaciona la justícia amb aquests valors?

➤ *Justícia i igualtat*

- La majoria de doctrines identifiquen la justícia inicialment amb la noció d'igualtat (Ulpia "donar a cadascú allò que li correspon").
- Aristòtil distingia tres justícies:
 - Justícia commutativa
 - Justícia distributiva
 - Justícia legal
- En la Revolució Francesa la igualtat es considera *igualtat de tracte*. Igualtat formal; article 14 CE.

5.2. La justícia i els valors jurídics

- En el s. XX es fa un pas més enllà: igualtat real o material, la igualtat en el punt d'arribada i no sols de partida, facilitant a cadascú les mateixes condicions de participar en la vida social (art. 9.2 CE). Aquesta igualtat com a diferència ha donat lloc a figures jurídiques controvertides com ara la *discriminació inversa*, que té l'exigència de remeiar situacions d'inferioritat o discriminació en determinats sectors per a facilitar l'accés a una situació d'igualtat real. Polítiques de quotes (art. 9.3 CE).

➤ *Justícia i llibertat*

- És difícil considerar just un ordenament que no respecte i garantisca la llibertat individual. Terme equívoc.
 - Constant: llibertat dels antics i dels moderns.
 - Aristòtil: ser lliure significava ser ciutadà, llibertat política. Desigualtat dels homes.

5.2. La justícia i els valors jurídics

- Berlin: concepció negativa (llibertats-autonomia) i positiva (participació política). Tensions entre si.
- En la modernitat es produeix un gir radical i el pensament estableix la llibertat com a prevalença de l'individu sobre la comunitat. I avui s'accentua per tres factors:
 - L'individualisme
 - La secularització
 - La burgesia

Ací hi ha l'origen del capitalisme, que considera la llibertat de comerç com el dret fonamental per excel·lència. Llibertat com a autosuficiència; sols és lliure qui en té prou per a no dependre de ningú (home blanc i propietari). En general, la llibertat s'ha consolidat com a autonomia i garantia de drets fonamentals (art. 10-53 CE).

5.2. La justícia i els valors jurídics

➤ *Justícia i seguretat*

- La relació entre justícia i seguretat sempre ha sigut tensa: si el dret aspira a realitzar la justícia, haurà de passar per damunt de la seguretat jurídica moltes voltes i viceversa. Per això es converteix en un argument clar per a justificar la limitació de la llibertat. Necessitat de combinar l'una i l'altra.
- Principi de legalitat: moral interna del dret (art. 9.2 CE); la seguretat apareix vinculada a la certesa en oposició a l'arbitrarietat.
- Principi de legitimitat: moral externa del dret; fa referència al contingut valoratiu del dret, el qual justifica l'obediència a aquest dret.
- En definitiva, la justícia es manifesta a través de la seguretat jurídica en el pla formal des de la legalitat i en el pla material des de la legitimitat, explicitant els valors propis de si mateixa (llibertat, igualtat i solidaritat) en forma de drets i llibertats ciutadans.

5.3. Justícia formal i justícia material

- La idea de justícia ens remet sempre a la idea d'igualtat.
- Contradicció entre la idea de justícia com a igualtat i la total incapacitat per a trobar una regla general d'aplicació. Dilema i tensió entre justícia formal i justícia material.
- Justícia formal: igualtat de tracte.
- Justícia material: allò que cal donar a cadascú. Criteris de PERELMAN:
 - A cadascú el mateix.
 - A cadascú segons el seu rang.
 - A cadascú segons els seus mèrits.
 - A cadascú segons les seues obres o treball.
 - A cadascú segons les seues necessitats.
 - A cadascú allò que la llei li atribueix.
 - Antinòmies de la justícia: realitat complexa.

5.4. Teories de la justícia

Ens centrarem en les aportacions més rellevants, que proposen criteris per a organitzar la vida social com a part de l'ètica normativa i que tracten de formular judicis morals per a determinar quines accions són bones o dolentes.

a) La tradició naturalista: PLATÓ, ARISTÒTIL, SANT TOMÀS, HOBBS i ROUSSEAU. La idea de justícia es defineix d'acord amb uns postulats que es poden deduir de la naturalesa humana i el contingut dels quals es considera dret natural. Aquests principis són cognoscibles mitjançant la raó, són autoevidents i universals encara que han d'adequar-se a les èpoques i als contextos socials.

Crítiques

- Complexitat de la naturalesa humana.
- Fal·làcia naturalista (dels fets no se'n poden extraure els valors; de l'ésser no se'n pot deduir mai l'haver de ser).
- Es qüestionen els principis com a immutables, universals, autoevidents i racionals: relativisme.

Gran predicament del jusnaturalisme: defensa de l'autonomia individual, instància crítica enfront del dret positiu, igual dignitat i existència dels drets humans.

5.4. Teories de la justícia

b) La tradició racionalista de base kantiana: KANT es considera un autor jusnaturalista. Però va defensar postulats tan originals que mereix un capítol a part, també per la projecció que ha tingut com cap altre autor.

- L'ètica kantiana es defineix en termes com ara *bo* o *just* i va íntimament lligada al concepte de *deure*. Imperatiu categòric: “obra de manera que tota màxima de la teua voluntat puga esdevenir llei universal” (principi d'universalitat de l'ètica kantiana).
- Crítiques: l'imperatiu categòric és una noció exclusivament formal on cap tota mena de continguts, per la qual cosa es qüestiona la validesa de construir una ètica formal deduïda només de les intencions i dels propòsits de les persones.

5.4. Teories de la justícia

c) La tradició utilitarista: BENTHAM. Ha establert les bases de la societat en les seues manifestacions social, política, econòmica i jurídica fins al pensament constructivista.

- Tot punt de partida del coneixement ha de ser empíric, i l'única cosa que interessa és el que pot ser bo per a algú, la cosa útil. HUME va establir la felicitat com a fi perseguit per l'ésser humà, en clau de benestar material. Per tant, el bo o el dolent ha de mesurar-se en termes d'allò que ens proporciona plaer o dolor: guia de moralitat.
- El principi d'utilitat és bàsic per a tota forma de govern: la màxima felicitat per al màxim nombre de persones.

5.4. Teories de la justícia

- En general, el principi d'utilitat s'ha considerat el més realista davant una condició humana sensible al dolor i que tendeix al benestar material. L'inconvenient és que el principi d'utilitat justifica la prevalença dels interessos de la majoria i avala el sacrifici de la minoria, per la qual cosa acaba acceptant que el fi justifica els mitjans i només considera subjectes de dret els qui són capaços de sentir plaer i dolor, cosa que exclou els subjectes en què no es pot mesurar aquesta capacitat (embrions, malalts i incapaços).
- És injustificable lesionar drets fonamentals siga quina siga la finalitat última que es busque.

5.4. Teories de la justícia

d) La tradició hegelianomarxista: HEGEL i MARX. Al seu parer, l'Estat i el dret són instruments repressius de la classe dominant i la idea de justícia (DH) és una creació de la societat burgesa.

- Model d'organització social i polític dissenyat pel socialisme marxista i pel comunisme.
- Contradiccions i horrors d'aquesta tradició.
- Gran fascinació entre intel·lectuals i polítics d'Occident fins a la caiguda del mur de Berlín en 1989.

5.4. Teories de la justícia

e) Plantejaments actuals

- Hi ha un fructífer debat sobre les teories de la justícia en les societats occidentals.
- Enfront de l'utilitarisme (liberalisme i societat del benestar) s'erigeix avui el procedimentalisme o constructivisme ètic, que ha ressuscitat el *contracte social* i que considera que els principis de justícia han d'aplicar-se per a legitimar les estructures i institucions i han de provenir d'un consens ciutadà. La clau resideix en el procediment per a aconseguir aquest consens.

5.4. Teories de la justícia

○ La teoria de la justícia de RAWLS

- Fonamentalment es basa a concebre la justícia com a equitat o com a imparcialitat, i es construeix a partir de dos principis: “d’igual llibertat per a tots” (formal), cada persona ha de tenir un dret igual al més ampli sistema de llibertats bàsiques, compatible amb un sistema similar de llibertats per a tots”, i un altre principi (material), de la “diferencia o d’igualtat d’oportunitats”, que busca una distribució justa dels béns primaris tenint en compte els més desfavorits. El primer principi és superior jeràrquicament al segon.
- Recolza en una ficció: la posició original (hipotètic estat de naturalesa en què els subjectes han de decidir sobre els principis de justícia que regiran la seua societat). Per a evitar contaminacions se sotmet al *vel de la ignorància*, decidir un individu sense saber quin lloc ocuparia en la societat, per a garantir la imparcialitat de la decisió.

Crítiques: proposta teòrica i impossibilitat d’aplicació pràctica, a més de la tensió entre conceptes.

5.4. Teories de la justícia

○ L'estat mínim de NOZICK

- Un estat exclusivament vigilant i policia, no intervencionista, allunyat de les preocupacions socials: *estat mínim* amb l'objectiu de garantir l'esfera d'autonomia privada i el dret de propietat.
- Idea de l'estat liberal: desregulació i privatització de tot servei públic.
- Problemes teòrics i pràctics, com la creença d'una mà invisible que regula el mercat i guia l'actuació dels individus. Conseqüències negatives com ara crisi econòmica, conflictes socials violents, bosses de pobresa i col·lapse del sistema.

○ La teoria de l'acció comunicativa de HABERMAS

- Teoria ètica de base kantiana per a legitimar un consens social sobre determinats principis de justícia a través del diàleg sobre determinats postulats morals que legitimen la societat. Aquests postulats han de tenir validesa universal.
- Crítica: no és tampoc un fet real ni fàctic, sinó una mera hipòtesi formal. Proposa una situació ideal.

Dificultat de trobar un procediment per a portar a la realitat aquestes teories de constructivisme ètic. Continua la discussió en l'àmbit jurídic del que és o no és just.

Tema 6

Problemes oberts en la filosofia del dret

- 6.1. La justícia i els drets humans**
- 6.2. Globalització, multiculturalitat, ciutadania i drets**
- 6.3. Perspectives dels drets humans en el segle XXI**

6.1. La justícia i els drets humans

- L'expressió *drets humans* s'ha convertit en una espècie de *lloc comú*, signe caracteritzador de la nostra època i cultura.
- Simple tòpic?: els drets humans expressen el contingut fonamental de la idea de justícia.
- Criteri últim amb el qual es mesura la legitimitat de qualsevol ordre jurídic, polític, social o econòmic.
- Drets humans: drets bàsics de l'ésser humà destinats a satisfer les exigències bàsiques derivades de la seua dignitat, tant referides a l'existència física com a la llibertat, la igualtat i la solidaritat, i que són inherents a la seua condició d'ésser humà, de ser persona i de ser subjecte moral.
- Imprecisió conceptual que porta a intensos debats entre els qui accepten l'existència d'aquests drets.

6.1. La justícia i els drets humans

- Drets humans/drets fonamentals: diferent grau de positivació. Però no hi ha diferència conceptual: en els dos casos són exigències de la dignitat humana.
 - Drets humans: sentit prejurídic, declaracions i tractats internacionals.
 - Drets fonamentals: drets intraestats, reconeixement i garantia constitucional.

Com podem establir quins són els béns essencials de la condició humana? Idea de dignitat humana. Són aquells sense els quals no pot dir-se que un ésser humà tinga una existència veritablement humana, relacionats amb:

- La corporalitat (drets més bàsics, vida i integritat física).
- La llibertat i l'autonomia (drets relacionats amb la personalitat).
- La igualtat i la solidaritat (drets polítics, econòmics i socials).

6.1. La justícia i els drets humans

- Dos conceptes ineludibles en la noció de drets humans:
 - Com a fonament: les exigències de la dignitat.
 - Com a garantia: les exigències de positivació.
- Drets humans: conjunt de facultats o institucions que en cada moment històric concreten les exigències pròpies de la dignitat humana relatives a la vida, la llibertat, la igualtat i la solidaritat entre els éssers humans i que han de ser positivament reconegudes i plasmades en els ordenaments jurídics d'àmbit nacional i internacional.
 - El bé jurídic protegit és l'ésser humà en la seua dimensió física i moral.
 - La dignitat humana funciona com un *prius* o antecedent respecte a la fonamentació d'aquesta dignitat (art. 10.1 CE).

6.1. La justícia i els drets humans

- Parlem d'una dignitat ontològica (per si mateixa) i per damunt d'una altra faceta de la dignitat com ara la dignitat moral (les virtuts que es tenen): tot ésser humà és digne independentment del seu comportament ètic, cosa que impedeix justificar qualsevol tipus de violència contra l'ésser humà (pena de mort, tortura) i tota manipulació d'éssers humans (embrions).

- Notes característiques dels drets humans
 - Universalitat
 - Inviolabilitat
 - Inalienabilitat
 - Indivisibilitat i integritat

6.2. Globalització, multiculturalitat, ciutadania i drets

- **Multiculturalitat:** fa referència a la diversitat cultural. Touraine: ha existit sempre.
 - Totes les societats són avui multiculturals. Implicació d'uns costums amb uns altres.
 - Amalgama cultural, presència creixent de grups culturalment heterogenis.
 - Fort sentiment de reafirmació de l'àmbit cultural propi.
- **Assimilacionisme:** forma de gestió de la diversitat cultural que consisteix en la primacia o imposició d'una cultura sobre les altres.
 - Diverses causes: superioritat cultural, cohesió social, de forma no buscada. Globalització cultural.
 - Via autoritària i coactiva (colònies) i altres vies suaus i subtils (EUA i França).
 - Busca l'eliminació de les diferències: societat integrada però desigual.

6.2. Globalització, multiculturalitat, ciutadania i drets

- **Globalització:** resultat de la integració de sectors econòmics i financers a escala mundial que ha portat a una ideologia dominant basada en la regulació del mercat i que s'ha traslladat a altres sectors com l'educació, la sanitat i la cultura.

Ha comportat

- L'aparició de la societat del coneixement.
- L'augment de l'exclusió social.
- L'economicisme, lligat a la globalització, preconitza que l'economia no se sotmeta a l'economia, a l'ètica ni al dret. Primacia de l'economia sobre altres facetes de la vida humana.
- Homogeneïtzació de la cultura de masses: dominació cultural.
- Amenaça per a la diversitat cultural. Origina tensions.
- Desarrelament i crisi d'identitat de persones que no pertanyen a la cultura dominant.
- Incidència en la igualtat: increment de la distància Nord-Sud.
- Xoc de civilitzacions afavorit per desigualtats injustes.

Repte: corregir aquestes conseqüències negatives de la globalització (també té aspectes positius).

6.2. Globalització, multiculturalitat, ciutadania i drets

- **Relativisme:** si la universalitat dels drets humans i el respecte a la diversitat cultural exigeixen fugir de l'assimilacionisme, també s'ha de fugir d'un altre error com ara el relativisme.
 - Consisteix a negar l'existència de valors morals universals i, per tant, nega la possibilitat de judicis dotats d'objectivitat.
 - Quan el relativisme es projecta sobre la realitat de la diversitat cultural s'arriba a la impossibilitat de jutjar diverses pràctiques, institucions i actituds vigents en un moment donat en una determinada cultura.
 - Tasca complexa però ineludible per a no acceptar indiscriminadament tot allò que existeix i legitimar certes imposicions dels qui tenen el poder en cada grup cultural, fins i tot vulnerant drets humans.
 - El relativisme cultural nega l'existència de valors humans comuns i universals que puguin servir de marc per al diàleg i l'entesa de persones pertanyents a diverses cultures.
 - Dificultat de conciliar universalitat de drets amb la diversitat cultural i l'homogeneïtzació que imposa la globalització. Difícil i etern equilibri entre igualtat, llibertat i justícia.

6.2. Globalització, multiculturalitat, ciutadania i drets

Això exigeix no renunciar a uns **valors comuns a la condició humana** amb independència de les minories o els grups culturals diferents.

Exemples de manifestacions pròpies d'altres cultures contràries a la dignitat:

- Mutilació genital femenina.
- Certs càstigs corporals (lapidació, flagel·lació, amputació).
- Pena de mort i tortures.
- Poligàmia, matrimonis concertats i repudi unilateral.
- Discriminació en matèria educativa.
- Drets lingüístics.
- Vel de les dones musulmanes.

Una **societat multicultural coherent amb una idea democràtica de ciutadania** només pot ser aquella en què existisca homogeneïtat cultural en l'esfera pública, mentre que s'admeta i es respecte la diferència en el pla privat. En l'àmbit de l'ètica pública ha d'haver-hi una societat homogènia imprescindible, que ha de ser seguida per tots, mentre que en l'ètica privada és possible la pluralitat i el desenvolupament diferencial de les cultures, amb el límit de les regles del joc: els mateixos drets fonamentals i els valors intrínsecs a aquests drets.

6.3. Perspectives dels drets humans en el segle XXI

- Els drets socials com a drets fonamentals: la necessària constitucionalització d'aquests drets.
- Altres qüestions obertes
 - El canvi de paradigma: la postmodernitat
 - Nacionalisme *versus* universalisme
 - Economia o ètica
 - Pragmatisme o retòrica

PRÀCTICA núm. 1

Dret i garanties

1. En què consisteix la distinció entre garantia en sentit estricte i en sentit ampli de què parla l'autor? Exemplifica cada tipus de garantia.
2. En què consisteix la confusió dels dos aspectes de garantia que, tot i que tenen relació estreta, són diferents?
3. Comenta aquesta frase: un dret val allò que valen les seues garanties.
4. I continuant l'argumentació que hages adoptat, què penses sobre els drets inclosos en les declaracions internacionals de drets i sobre els drets socials en les constitucions del nostre entorn? Posa'n exemples.
5. En quin moment històric es pot començar a entreveure el paper de l'Estat com a garantia dels drets? Quins fenòmens origina aquest moment històric?
6. A partir de la idea de contracte social, quins trets presenta l'Estat que sorgeix d'aquesta construcció teòrica?
7. La legitimitat del dret està en la seua força coactiva o hi ha *res més* que li atorgue legitimitat?
8. Comenta en quin sentit l'Estat és un instrument de garantia.
9. A què es refereix l'autor quan afirma que "el paper que exercia abans el dret natural respecte al sobirà, l'exerceix ara la constitució respecte al legislador"?
10. El disseny del constitucionalisme actual respon a la necessitat de salvaguardar un conjunt de drets fonamentals que queden protegits enfront de l'actuació de les majories. De quins instruments se serveix per a fer-ho?

Introducció a les pràctiques núm. 2 i 3

45 anys de Constitució. S'han complit les promeses constitucionals?

El treball que es proposa en les dues pràctiques següents se centra en els principis de democràcia, estat de dret i estat social i en les *promeses* constitucionals associades. Es tracta de reflexionar sobre en quina mesura s'han complert al llarg dels 45 anys de vigència de la nostra norma suprema, si hem estat a l'altura dels compromisos adquirits o si la legitimitat del sistema s'ha vist amenaçada en algun punt, de manera que siga necessari obrir el debat sobre una possible reforma constitucional.

Lògicament, el TC no pot afirmar que no siga així, però proposem reflexionar sobre aquesta qüestió a través de l'anàlisi dels tres principis que constitueixen la nostra forma d'Estat, que és social i democràtic de dret, segons figura en la norma fonamental.

Recull una sèrie d'elements que cal tenir en compte perquè, a manera de reflexió i exemples, analitzeu l'estat de les qüestions que es formulen de forma més concreta a continuació.

1. En el nostre sistema jurídic, qui diu si es compleix la CE, és a dir, qui la interpreta, és el Tribunal Constitucional. Això és així no perquè ho establisca la mateixa CE, sinó la LOTC —Llei orgànica del Tribunal Constitucional— (article 1.1). El fet que siga l'interpret suprem de la Constitució no vol dir que haja de ser l'únic intèrpret d'aquest text. La societat oberta ha de *mesurar*, almenys en un model ideal del qual no hem de prescindir com a juristes, aquest compliment dia a dia, com a poder constituent i sobirà. La tasca de depuració de contradiccions pot correspondre també, *idealment*, a la societat oberta, però al final la resolució que jurídicament val és la que imposa el legislador i, en última instància, el TC.

2. Els possibles recursos d'inconstitucionalitat elaborats per aquells que tenen legitimitat per a fer-ho només poden presentar-se contra normes de rang de llei, no contra omissions o inactivitat legislativa.

3. La CE és una norma qualitativament diferent, superior en tot cas a qualsevol altra (amb les matisacions que exigeix el dret de la UE), i per això la validesa de la CE s'ha de basar en un element extern al dret que no pot ser altre que la voluntat popular.

4. En el nostre cas, aquesta voluntat popular es va manifestar mitjançant referèndum fa més de 45 anys. I per això no deixa d'haver-hi una *certa ficció* en el fet de plantejar-se a hores d'ara la continuïtat de la vigència d'aquella voluntat en un país com el nostre, on no hi ha un marcat sentiment constitucional de la ciutadania (a diferència dels EUA i salvant les distàncies).

5. Avui hi ha símptomes preocupants de crisi de legitimitat que ens porten a pensar si la majoria social accepta la CE vigent o si considera que caldria modificar-ne alguna part, possibilitat que la mateixa CE, com és lògic, preveu.

6. Tota constitució és filla del seu temps i de les seues circumstàncies. El text de 1978, que va contribuir extraordinàriament al progrés i a l'estabilitat del nostre país, no deixa de ser un trencaclosques ple de tendències contradictòries, perquè quan els uns aconseguïen introduir-hi un cert precepte, els altres n'hi afegien un de nou que volia servir-li de contrapès. Com que la CE no té superior, aquestes contradiccions s'han d'evitar mitjançant la interpretació del text. És per això que cal: *a)* entendre que una regla té una excepció (ex.: la regla de la igualtat de sexes de l'article 14 té una excepció en la successió a la Corona de l'article 57.1; *b)* interpretar en sentit mínim una regla (ex.: el dret al treball de l'article 35 no inclou l'exigibilitat a l'Estat d'un lloc de treball, perquè això aniria en contra de l'economia de mercat de l'article 38).

PRÀCTICA núm. 2

En vista d'aquests fets, sembla necessari exposar que:

- Qualsevol constitució necessita legitimar-se de tant en tant i, per això, és necessari reformar-la? Si ho veiem tan clar en el cas de la qualificació penal de determinats delictes, abús sexual/agressió sexual i el mesurament de violència i intimidació en la víctima per a l'aplicació d'un tipus penal o altre, per què no es considera en l'àmbit constitucional?
- Cal reflexionar sobre la crisi de legitimitat que comporta el problema català. Cal recuperar la legitimitat democràtica a Catalunya?
- Cal reflexionar sobre la crisi de legitimitat que comporta el rellevant grau de

desafecció entre ciutadans i classe política provocat per dues circumstàncies: l'extensió (o més coneixement) de la corrupció política i la incapacitat dels poders públics de donar satisfacció a les demandes de justícia social d'un percentatge molt important de la ciutadania, i que es fa més palesa a partir del 15 de maig del 2012, quan apareix un altre partit polític, Podem, que parla ja de la "caducitat del règim de 1978". És necessari que la majoria social es reconcilie amb la classe política?

Tenint ara en compte el significat dels principis constitucionals amb vista a analitzar el paper que tenen i en quina mesura s'han complit, recordeu que els principis de la CE poden considerar-se la part més pròpiament constitucional del text, en el sentit que són una classe de normes que, a diferència de les regles i malgrat que tenen més importància política i moral, tenen un contingut d'obligació més abstracte i ambigu, de manera que *poden complir-se més o menys*. Tenen una naturalesa oberta i en certa manera utòpica en el sentit que cal ser conscients que no s'aconseguiran mai del tot.

No obstant això, també hi ha una sèrie de principis que, malgrat aquest caràcter abstracte, es van fixar en el text constitucional com a principis nuclears, i això és així, en primer lloc, per la posició absolutament privilegiada, en el títol preliminar i en el títol primer, de més difícil reforma; en segon lloc per les paraules que els qualifiquen ("superiors", "fonament", definició de l'Estat que "es constitueix...") i, en tercer lloc, perquè tenen origen en la filosofia política i moral del nostre temps, de manera que no els crea o els inventa, sinó que els recull i els reconeix ("la CE reconeix", article 10.2 CE).

Segons la majoria de la doctrina, hi ha vuit principis constitucionals: cinc de caràcter més moral que polític (igualtat, llibertat, justícia, pluralisme polític, valors superiors del nostre ordenament jurídic segons l'art. 1.1 CE, i la dignitat de la persona ("fonament de l'ordre polític" segons l'art. 1)), i d'altra banda els tres elements de la nostra forma d'Estat, que és "social", "democràtic" i "de dret" (art. 1.1 CE).

Es proposa en aquesta doble pràctica argumentar, basant-nos en fets significatius, si avui en dia s'han complit o es compleixen aquests principis superiors de l'ordenament jurídic. En la primera sessió tractarem el compliment del principi d'estat democràtic i la setmana següent el compliment dels principis d'estat de dret i estat social.

Podeu començar fent una breu definició de cada principi, a continuació analitzeu l'exemple proposat i argumenteu si considereu que, en vista dels fets, sí que es compleix o no.

a) Pel que fa al principi de democràcia

1. Si resulta que els ciutadans elegim els parlamentaris i regidors, però una vegada elegits es desvinculen de la voluntat dels ciutadans que els han elegits, no hi ha cap altra manera de demanar-los comptes excepte votar per un altre partit en les eleccions següents.
2. Si, d'altra banda, els representants polítics no són lliures perquè estan sotmesos a la disciplina de partit. És el partit i no els ciutadans qui decideix qui entra o no en les llistes electorals, de manera que els ciutadans només són lliures per a triar entre una llista i una altra. Per tant, excepte una petita capacitat d'opció per al Senat, la llibertat d'elecció és relativa.
3. Si també ocorre que el sistema electoral és poc proporcional, el sistema de finançament dels partits privilegia l'*statu quo* (article 3 de l'RDL 8/2007 sobre finançament de partits) i els partits són internament poc democràtics.
4. Si les dues formes que preveu la CE de participació directa en els afers públics, el referèndum i la iniciativa legislativa popular, són molt limitades i d'escassa aplicació.
5. Si avui és evident el paper secundari del Parlament en relació amb la preponderància del Govern (quan no dels mateixos grups de pressió) en el mateix procediment legislatiu i un inoperant control parlamentari posterior.
6. Si el principi democràtic originàriament entès com a procediment de presa de decisions dins d'una comunitat política és afectat pel fet d'haver-hi tantes administracions (adm. d'àmbit local, adm. d'àmbit autonòmic i adm. d'àmbit estatal) i encara més, moltes decisions es prenen fora, especialment a la Unió Europea, sembla que la democràcia encara siga menys.

En definitiva, després d'analitzar totes aquestes dades, considereu que l'objectiu

constitucional d'“establir una societat democràticament avançada” s'ha complert o només està a mig fer?

PRÀCTICA núm. 3

b) Pel que fa al principi d'estat de dret

1. Si considerem que l'estat de dret comporta la separació de poders, com s'expliquen els privilegis d'alguns membres del poder polític com ara la inviolabilitat (art. 71.1 CE), la immunitat judicial (art. 71.2) i el fur especial d'alguns (art. 71.3 i 102.1) avui dia?

2. Si es fa un ús freqüent de la potestat governamental de l'indult, que correspon al Govern (encara que en l'article 62 figura com a competència del rei), si bé darrerament el TS ha limitat un poc l'exercici d'aquesta potestat per sospites d'arbitrarietat i, així mateix, hi ha una proposició de llei en la matèria actualment paralitzada (la mitjana anual era de 400 fins que l'any 2016 se'n van concedir només 27).

3. Si la mateixa CE va establir la impunitat dels crims contra la humanitat comesos abans que entrara en vigor, quan en teoria no prescriuen, aprovant una Llei d'amnistia que va avalar el mateix TC.

4. Si el manament de responsabilitat dels poders públics funciona molt poc en l'àmbit polític (em remet al que s'ha dit sobre el Parlament) la responsabilitat jurídica no funciona tampoc i poques voltes responen els qui, en nom de l'Estat, vulneren les normes quan, per contra, als ciutadans que incompleixen aquestes normes sí que els sancionen fàcilment, tant en seu administrativa (eficàcia de l'Administració tributària i de la inspecció laboral) com judicial, i no succeeix el mateix amb els qui tenen càrrecs públics, que només en casos extraordinaris reben algun càstig, i si cal indemnitzar ho fa el mateix Estat i no la persona física incomplidora.

5. Si el que ha passat a Catalunya i els alts índexs de corrupció política, que assoleix nivells pràcticament estructurals, fan evident la dificultat de consolidar entre nosaltres una cultura de la legalitat.

És possible, considerant tot això, afirmar que el nostre Estat compleix mínimament les exigències d'un estat de dret?

c) Pel que fa al principi d'estat social

Com a principi més jove en la nostra forma d'Estat, és el jurídicament més poc assentat i sovint es posa d'excusa el liberalisme imperant per a col·locar-lo en un lloc de menys nivell que els altres dos, democràcia i estat de dret, quan tots tres tenen el mateix nivell constitucional.

És veritat que Espanya patia un retard en justícia social en comparació amb altres països. I la crisi econòmica ha posat de manifest la feblesa del nostre estat social.

La doctrina de la *reserva del possible* significa que la satisfacció dels drets socials resta condicionada a la disponibilitat de recursos; i la doctrina de la *regressivitat dels drets socials* admet aquestes reculades si la situació econòmica ho requereix (STC 184/1993, 197/2003, 44/2004, etc.). Amb tot això es posa de manifest aquesta possibilitat de complir els principis constitucionals en més o menys mesura, i definitivament en matèria social. Això ha comportat una regressió legislativa en les matèries que s'indiquen a continuació i que propose com a exemple per a arribar a la mateixa qüestió que en els altres principis: es compleix el principi d'estat social?

1. El dret al treball de l'art. 35 CE és entès no com una exigibilitat a l'Estat d'un lloc de treball (l'economia de mercat no ho permet), sinó com una mínima qualitat i estabilitat en el treball que ja es té, el "dret a la faena digna". La Llei 3/2012 de reforma laboral va comportar una reculada considerable en la configuració d'aquesta qualitat i estabilitat en el treball.

2. Sempre es va entendre que la CE exigia la universalització del dret a la salut i així es va establir els primers anys. Però l'RDL 16/2012 trenca amb l'element essencial de l'estat social i el TC avala aquesta acció (STC 139/2016).

3. El dret a pensió, la part més important del sistema de la Seguretat Social, estava des de feia temps protegit contra l'increment del cost de la vida, però ja no, des de l'RDL 28/2012 que elimina la revaloració automàtica de les pensions, i el TC també avala aquesta acció (STC 49/2015).

4. El dret a l'habitatge de l'article 47 manca com a tal d'una llei nacional. I en els casos autonòmics en què sí que s'ha elaborat una llei sobre aquest aspecte, el Govern hi ha recorregut en contra i el TC ha estimat aquests recursos, per a seguir la línia de la UE en què la regulació dels drets socials és encara molt més feble.

5. La Llei 39/2006, de dependència, va ser un avanç considerable en el desplegament dels articles 49 i 50 CE, però l'RDL 20/2012 va frustrar de fet el compliment d'aquests articles, cosa que comporta una enorme reculada social perquè permet que l'Estat pugui reduir les prestacions per a igualar per baix els ciutadans i no per dalt tal com prescriu l'article 9.2 CE.

Què en penseu, de tot això? Considereu necessari reivindicar aquests principis polítics fonamentals? Es compleixen només en part o de manera deficient? A qui correspon donar compte de la falta d'efectivitat d'aquests principis? Només a la classe política i a les institucions o també a la ciutadania que hauria de considerar un nou contracte social que es plasmara, si de cas, en una reforma constitucional que comprometria més el compliment d'aquests principis?

Jhering va dir: "cal que cadascú contribuïska per la seua part a aquesta gran obra, perquè tot home té el deure d'esclafar, quan arriba l'ocasió, el cap d'aquest escurçó que es diu arbitrarietat i il·legalitat".

PRÀCTICA núm. 4

La justícia com a igualtat

En relació amb el text d'Alfonso Ruiz Miguel que analitza el cas Kalanke (sentència del TJCE de 17 d'octubre de 1995, sobre un enginyer que competia amb una enginyera per la direcció de secció del Servei de Parcs i Jardins de la ciutat de Bremen, i en la qual el Tribunal va considerar que una norma del land alemany de Bremen era contrària a una directiva de la Comunitat Europea perquè establia, en els ascensos de la funció pública, preferència per les dones enfront dels candidats masculins amb la mateixa capacitat si, en el sector de què es tractava, estaven infrarepresentades), es proposa una anàlisi de l'element d'igualtat com a contingut imprescindible, al seu torn, de la justícia.

Qüestionari

1. El propòsit de la igualtat com a contingut de justícia. Què comporta?
2. La igualtat formal i la igualtat material. En què consisteixen, quin reflex jurídic tenen en la Constitució? Exemplifica-ho.
3. La igualtat d'oportunitats i la igualtat de resultats. En què consisteixen i quina relació tenen amb els conceptes anteriors d'igualtat formal i material?
4. Fórmules per a aconseguir l'objectiu igualitari: les accions positives i la discriminació inversa. Definició, trets de totes dues i relació entre si. Exemplifica-les amb supòsits de cada tipus i fes-ne una valoració crítica.
5. Analitza el cas Kalanke (fets, fonaments jurídics i resolució).

PRÀCTICA núm. 5

La justícia com a llibertat

L'objectiu d'aquesta pràctica és proposar la reflexió i el debat sobre la llibertat com a contingut de la justícia.

Aquest cas ens servirà també per a analitzar les notes que tradicionalment es prediquen dels drets humans, i especialment la inalienabilitat del dret a la vida i qüestions relacionades.

El punt de partida de l'anàlisi és la doctrina inclosa en l'STC 120/1990, de 27 de juny, de la qual us oferim un breu resum perquè us situeu en el cas jutjat, juntament amb un fitxer que conté la sentència íntegra.

• Resum

En 1989, un grup de presos que pertanyien a la banda armada GRAPO es van declarar en vaga de fam a fi d'aconseguir determinades millores carceràries. L'Audiència Provincial de Madrid contestà de manera afirmativa a la consulta presentada per la direcció del centre on hi havia aquests reclusos sobre si era

procedent dispensar-los tractament mèdic en contra de la seua voluntat i, per tant, autoritzava el tractament mèdic i l'alimentació forçosa dels reclusos. L'advocada dels presos del GRAPO interposà contra aquesta resolució de l'Audiència Provincial de Madrid un recurs d'empara, en què sol·licitava que s'interrompera l'alimentació forçosa, recurs que el Tribunal Constitucional resolgué mitjançant aquesta sentència. En els antecedents 5è, 9è i 12è el Tribunal resumeix els arguments adduïts per les parts —l'advocada dels presos, l'advocat de l'Estat i el Ministeri Fiscal—, i en els fonaments jurídics desplega la seua pròpia argumentació i acorda denegar l'empara sol·licitada.

- Qüestionari

1. Defineix breument quines són les notes tradicionalment característiques dels drets humans i exemplifica-les en el supòsit de l'STC.

2. Quina és la posició del TC sobre el contingut del dret a la vida? Segons el parer del TC, és lícit jurídicament disposar del dret a la vida? La posició del TC implica admetre la inalienabilitat dels drets?

3. Quina és la conclusió del TC sobre el dret a la vida en relació amb un “suposat dret a la pròpia mort” segons l'FJ 7è?

4. Per què el TC afirma que el dret a la vida ha de ser protegit “fins i tot quan ni tan sols calga parlar de titulars d'aquest dret”? (FJ 7è, paràgraf 1).

5. Per què el TC resol denegar l'empara sol·licitada pels presos?

6. És fonamental per a la decisió el fet que siguen presos, és a dir, persones privades de la llibertat personal?

7. Seria conforme a la doctrina del TC la despenalització de l'eutanàsia voluntària?

8. Quins arguments jurídics poden adduir-se a favor de la licitud de l'eutanàsia voluntària? I en contra?

9. La il·licitud de l'eutanàsia voluntària representa un atemptat contra la llibertat?

10. Està justificada la lliure disposició dels propis drets? Què tenen en comú els drets de vot o el dret a elegir una determinada religió i el dret a la vida? I què té de diferent el dret de propietat?

PRÀCTICA núm. 6

L'obediència a l'ordenament jurídic

En aquesta classe pràctica es proposa l'estudi d'un tema clau en la filosofia del dret: l'obediència a l'ordenament jurídic. Farem una anàlisi de la matèria focalitzant l'interès en la llibertat ideològica en l'àmbit educatiu. Prendrem com a punt de partida l'STC 5/1981 de 13 de febrer (FJ 9-10) que es reproduïx a continuació:

“En un sistema polític basat en el pluralisme, la llibertat ideològica i religiosa dels individus i l'aconfessionalitat de l'Estat, totes les institucions públiques, especialment els centres docents, han de ser, en efecte, ideològicament neutrals. Aquesta exigència imposa als docents dels centres públics la renúncia a tota mena d'adoctrinament ideològic”.

Va ser del qüestionament d'aquesta neutralitat ideològica dels docents i del mateix sistema dissenyat per les instàncies educatives entorn de la formació en valors a l'escola que va nàixer, fa una dècada, la confrontació amb molts grups de pares que consideraven atemptatori contra la llibertat ideològica, seua i dels seus fills, i del dret que tenien per a triar l'educació que els semblara més adequada a les seues conviccions morals i religioses, de manera que, basant les seues reivindicacions en la cobertura del mateix article 16 CE, qüestionaven la procedència d'una matèria d'educació en valors com va ser la inclosa per l'Educació per a la Ciutadania (EpC), introduïda per la Llei orgànica d'educació, 2/2006 (LOE).

Això ens porta a presentar la qüestió de l'objecció de consciència en aquest àmbit i particularment en relació amb una assignatura de l'estil de l'esmentada.

Es proposa un qüestionari en relació amb el qual anirem comentant els matisos i punts de vista que admet la qüestió, com es podrà veure després de l'anàlisi

jurisprudencial de les diverses instàncies judicials que s'han pronunciat abans i després sobre la matèria i que haureu de contrastar.

1. En general, per què l'obediència és qüestió clau en la filosofia del dret?

2. En què consisteix la desobediència civil? Exemplifiqueu-la.

3. En què consisteix l'objecció de consciència? Exemplifiqueu-la.

Com a aspectes preliminars de la polèmica que es va suscitar en el cas de l'EpC, us indique els arguments dels qui reclamaven l'aplicabilitat de l'objecció de consciència a l'assignatura. Segons ells, l'EpC pretenia la formació de la consciència moral dels alumnes, la qual cosa, sostenien els qui així argumentaven, era una greu lesió "del dret originari i inalienable dels pares", únics habilitats per a elegir la formació moral que desitgen per als seus fills. Els detractors de la LOE que establia l'assignatura esmentada consideraven que, com que no es respectaven aquests principis, es permetia que l'Estat suplantara la societat com a educador de la consciència moral, cosa que degeneraria en adoctrinament.

Va haver-hi pronunciaments judicials de tota mena el contingut dels quals heu d'analitzar: preceptes constitucionals a què afecten, fonaments jurídics que empra cada part i resolució que adopten.

4. Per a resoldre la polèmica sobre l'objecció de consciència en matèria educativa analitzeu l'STS del 28 de gener del 2009.

5. Anàlisi dels pronunciaments del TEDH (cas Folguero i d'altres contra Noruega, STEDH de 29 de juny de 2007, i cas Hasan i Eylem Zengin contra Turquia, STEDH de 9 d'octubre de 2007) i del TC en la matèria (STC 28/2014 de 24 de febrer).

6. Finalment, agrairia que acabàreu l'anàlisi de la qüestió sobre l'obediència al dret amb una reflexió personal sobre això i en relació amb el supòsit presentat.