

JOSÉ A. RAMOS PASCUA

DESCLÉE

la ética interna del derecho

2ª edición

Democracia,
derechos humanos
y principios de justicia

colección
ÉTICA APLICADA

José Antonio Ramos Pascua

La ética interna del Derecho

Democracia, derechos humanos
y principios de justicia

Colección
ÉTICA APLICADA

Desclée De Brouwer

Índice

Prólogo	13
Capítulo 1. Derecho y moral	17
1. Los principios de justicia como exigencias morales	17
2. Relación entre Derecho y moral	21
3. El Derecho como garantía de libertad y de moralidad	27
4. El necesario contenido moral del Derecho	31
Capítulo 2. Principios de justicia para la organización del poder del Estado.	39
1. Soberanía popular y democracia	39
2. Fundamento de la democracia	45
3. El Estado de Derecho	49
3.1. <i>El principio del imperio de la ley</i>	52
3.2. <i>El principio de división de poderes</i>	57
4. Los derechos fundamentales y su papel en las democracias	60

Capítulo 3. Principios de justicia en su dimensión subjetiva: los derechos humanos	65
1. ¿Qué son los derechos humanos?	65
2. Las señas de identidad de los derechos humanos	70
2.1. <i>Universalidad</i>	71
2.2. <i>Inalienabilidad</i>	74
2.3. <i>Incondicionalidad</i>	76
3. Fundamento o razón de ser de los derechos humanos	77
4. Breve historia de su formación y reconocimiento positivo	84
4.1. <i>Positivación sucesiva</i>	87
4.2. <i>Tres generaciones de derechos</i>	90
5. Ataques y defensas a la doctrina de los derechos humanos ⁹²	
5.1. <i>Crítica tradicionalista</i>	93
5.2. <i>Crítica marxista</i>	96
5.3. <i>Crítica positivista</i>	99
5.4. <i>Crítica utilitarista</i>	102

Capítulo 4. Los derechos humanos: liberales, sociales y globales	105
1. Derechos de libertad	105
1.1. <i>Derechos relativos a la seguridad e integridad personal: derecho a la vida y a la integridad física, al honor, la intimidad y la propia imagen, derecho de propiedad</i>	106
1.2. <i>Derechos de libertad en sentido más estricto: libertad de pensamiento, de religión, de conciencia y de expresión</i>	111
1.3. <i>Libertad frente a la intervención arbitraria del poder: garantías penales y procesales</i>	113
1.4. <i>Derechos de participación política: derecho al sufragio activo y pasivo, derecho de reunión, asociación y manifestación</i>	116

2. Derechos sociales. Prestaciones para la igualdad	118
2.1. <i>Exigencias de solidaridad: derechos relativos al aseguramiento de un nivel de vida digno, derecho al trabajo, a la sanidad y a la vivienda</i>	121
2.2. <i>El principio de igualdad efectiva de oportunidades: derecho a la educación y a la cultura</i>	124
3. Nuevas exigencias sociales. Los derechos de solidaridad global.	126
Capítulo 5. Los principios generales del Derecho	135
1. Los valores superiores	135
2. Principios de justicia en cada una de las ramas e instituciones del sistema jurídico.	141
3. ¿Son los principios jurídicos siempre principios morales? .	144
Capítulo 6. La obediencia al Derecho	147
1. ¿Existe un deber moral de obedecer al Derecho?	147
2. Formas de desobediencia al Derecho	154
3. El problema del Derecho injusto	160
4. ¿Debe imponer el Derecho el cumplimiento de todas las exigencias morales?	166
Referencias bibliográficas	171

Prólogo

Este libro pretende facilitar la aproximación a un conocimiento de los principios de justicia inspiradores del Derecho contemporáneo que fomente también su respeto. No va dirigido a especialistas en teoría de la justicia sino más bien a todo el público culto interesado en una aproximación intelectual y emocional al espíritu de nuestro sistema jurídico y político. Trata de aclarar de forma sencilla el fundamento o razón de ser de los más relevantes principios, derechos y valores morales que lo integran y le dan forma. De manera especial se dirige a quienes se inician en el estudio de la filosofía del Derecho y de la política. Quisiera su autor que sirviera como un mapa o guía de ideas básicas capaz de proporcionar la necesaria visión panorámica que tantas veces se pierde en los estudios muy especializados, donde lo más esencial suele darse por supuesto, de tal modo que se cumple el dicho popular de que el follaje no deja ver el bosque.

Como ha quedado antes insinuado, el libro aspira a ser, dentro de sus limitaciones y de su carácter elemental, no sólo una fuente de información sino también un acicate en la educación para la ciudadanía. No aspira sólo a transmitir conocimientos; persigue igualmente formar convicciones ético-políticas; persuadir de la racionalidad de los principios éticos del Derecho; formar ciudadanos responsables

y activos en la vida política; fomentar, en definitiva, eso que se ha llamado el “patriotismo constitucional”, que es el patriotismo sin fronteras de la justicia y la razón.

Por todo lo anterior, no parecía recomendable sobrecargar el texto con numerosas citas de autores, que hubieran entorpecido la tarea del lector y me hubieran obligado a un tratamiento más riguroso y árido de la materia. El aparato crítico es, pues, mínimo. Se reduce a algunas referencias imprescindibles para reconocer la procedencia de las ideas expuestas, y a una escueta relación bibliográfica final, toda ella en castellano, integrada por las principales obras en que se basa el planteamiento de los distintos temas abordados en el texto.

Al no ser una obra de investigación sino de divulgación, la mayor parte de las ideas expuestas no son originales. El enfoque de algunos temas está inspirado en diversos trabajos míos sobre la crítica a la idea de los derechos humanos, la relación entre Derecho y moral, o el problema de la imposición forzosa de la moral privada. Pero muchas otras tesis han sido extraídas de la obra de diversos maestros, colegas y amigos. No sé muy bien si uno debe agradecer o pedir disculpas por haberse beneficiado y en cierto modo apropiado de tantas ideas ajenas. He procurado dejar constancia de ello mediante referencias a las fuentes de cada planteamiento o grupo de ideas.

Autores como Norberto Bobbio, Luis Recaséns, Herbert Hart o Antonio Pérez Luño, que unen a su agudeza y sensatez una atractiva elegancia literaria, han inspirado numerosas páginas de este libro. El magisterio de tantos años de José Delgado Pinto se deja notar también a lo largo de todo el texto, y tanta más calidad tendría cuanto más se hubiera dejado notar su benéfica influencia. A todos ellos y a todos los colegas y amigos, especialmente a los compañeros del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca, Miguel Ángel Rodilla, José M^a. Garrán, Juan M. Pérez Bermejo, Lourdes Santos y José A. Sendín, de los que tanto he aprendido

en estos años de gustosa dedicación al trabajo académico, mi más sincero reconocimiento.

Quiero también dejar constancia de mi gratitud al profesor Enrique Bonete, cuya amistosa insistencia ha sido determinante para decidirme a emprender la redacción de este pequeño libro destinado a la colección de Ética aplicada.

Monleras, enero de 2007
José Antonio Ramos Pascua

1

Derecho y moral

1. Los principios de justicia como exigencias morales

La palabra justicia designa un valor o virtud moral. La justicia es, por tanto, una parte de la moral; aquella parte que suele considerarse más intensamente social, porque la justicia implica siempre una relación externa entre dos o más personas. Las otras virtudes morales que, además de la justicia, merecen el nombre de cardinales por su importancia: la prudencia, la fortaleza y la templanza, buscan más bien, al menos de forma inmediata, la perfección personal de cada uno. ¿Y qué es la justicia? Pese a su carácter distintivamente relacional o social, no es fácil delimitar con precisión esa parte de la moral, entre otras razones porque el término justicia tiene varios significados de los que brotan hasta cuatro conceptos diferentes.

El primero presenta la justicia como una virtud, una cualidad personal, la rectitud moral. Es el sentido que damos al término cuando afirmamos, por ejemplo, que un gobernante, o un profesor, o un padre de familia, o cualquier otro individuo, son justos. Este concepto de justicia, probablemente el más antiguo de todos, puede todavía hallarse en textos religiosos, como *La Biblia*, donde muchas veces se habla del justo como del individuo piadoso y ejemplar,

especialmente por razón del trato que da a los demás. Baste una cita tomada del *Eclesiastés* (8, 14): “Se dan sinsentidos en la tierra, porque hay justos a quienes sucede lo que merece la conducta de los malos, y malos a los que sucede lo que merece la conducta de los justos”. Desconsuela un poco comprobar que hasta *La Biblia* parece reconocer que a los malos suelen irles mejor las cosas que a los buenos o justos, al menos en este mundo; pero no es menos cierto que en las sociedades justas le va mejor a la mayor parte de los ciudadanos que en las injustas.

También en la antigua Grecia se manejó el concepto amplísimo de justicia como virtud personal o rectitud. “En la justicia se halla contenida toda virtud” sentenciaba el poeta arcaico Teognis de Mégara, al que Aristóteles daba la razón comentando que ciertamente la justicia es la virtud más completa, porque quien la posee puede practicarla respecto a los demás y no sólo respecto a sí mismo. En esta práctica o comportamiento hacia los demás es donde se conoce el verdadero valor de las personas. De ahí que la justicia sea la virtud más importante. El primer concepto de justicia, como virtud total o perfecta, nos resulta hoy insatisfactorio por demasiado amplio e impreciso.

Un segundo concepto es el que identifica la justicia con la legalidad o conformidad con la ley. Lo justo es lo que se ajusta a la ley. “El hombre injusto, dice Aristóteles, parece ser aquél que obra contra la ley”. Es éste el concepto de justicia que tenemos en mente cuando decimos, por ejemplo, que una sentencia judicial es justa porque se atiende estrictamente a lo que dice la ley. La tesis de que lo justo es lo exigido por la ley suele atribuirse al positivismo jurídico entendido como ideología. Thomas Hobbes, por ejemplo, filósofo inglés del siglo XVII al que se considerara precursor de esa corriente de pensamiento, ya concibió la justicia como una virtud exclusivamente jurídica, es decir, una virtud derivada o dependiente del Derecho. Teniendo en cuenta que esta virtud consiste en respetar lo que es de cada uno, y dado que corresponde al Derecho

decidir qué es de cada uno, Hobbes deduce que una acción será justa cuando cumpla la ley o el Derecho, e injusta cuando lo vulnere. Es tanto como decir que lo justo es aquello que el soberano ordena en la ley. La ley o la voluntad del soberano plasmada en ella es el criterio supremo de justicia.

Este segundo concepto de justicia como equivalente a legalidad es también insatisfactorio, porque de hecho las leyes pueden valorarse y juzgarse como justas o injustas. La afirmación de que una ley es injusta es bastante corriente en nuestro lenguaje y no parece que carezca de sentido, como ocurriría si realmente justicia equivaliera a legalidad. No carece de sentido porque las leyes a veces desatienden las exigencias de la moral, y en consecuencia no puede ser la ley la medida o el criterio último de la justicia.

El tercer concepto de justicia es el que la presenta como una especie de igualdad. Se trata de un concepto cuyos orígenes se remontan a la escuela de Pitágoras y que posteriormente fue desarrollado por Aristóteles en el famoso libro quinto de la *Ética a Nicómaco*, que todavía hoy fascina a los estudiosos del tema. Aristóteles distingue dos tipos de justicia entendida como igualdad, la justicia distributiva y la justicia correctiva. La distributiva gobierna el reparto equitativo de cargos, honores, riquezas y demás ventajas sociales. Para que sea justa, esta distribución no tiene por qué ser absolutamente igualitaria, sino igualitaria relativamente a los méritos de cada uno. La justicia distributiva exige tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales. La justicia correctiva, o conmutativa, como se denominó más tarde, rige las transacciones privadas, es decir, las relaciones de intercambio entre particulares y exige, ésta sí, igualdad absoluta. El tipo de igualdad que se da o que debe darse, por ejemplo en la compraventa, entre el valor de una cosa y el precio pagado por ella.

La razón que parece empujar a Aristóteles a concebir la justicia como igualdad es su tesis de que la virtud consiste en un término medio entre dos extremos viciosos. La valentía, por ejemplo, sería

un término medio entre la cobardía y la temeridad. La generosidad, un término medio entre la ruindad y la prodigalidad, y así sucesivamente. Según esta misma lógica, la igualdad es la esencia de la virtud de la justicia, porque lo igual es el justo medio entre dos desigualdades opuestas. “Lo igual consiste en un término medio” dice literalmente el filósofo. La justicia correctiva, por ejemplo, es el término medio entre una pérdida indebida y una ganancia indebida, y ese término medio es lo igual.

El concepto de justicia como igualdad es válido pero insuficiente. Es cierto que la igualdad es la médula de la justicia, pero también es cierto que muchas exigencias de justicia van más allá de la simple igualdad. Gran parte de los derechos humanos, por ejemplo, que son exigencias fundamentales de justicia, contienen demandas de libertad o de seguridad. La igualdad, otro de los grandes valores que están en la raíz de los derechos humanos, es el elemento central o primordial de la idea de justicia, pero esta idea integra más elementos.

El cuarto concepto de justicia es el que la entiende como ordenación correcta de la sociedad; ordenación de la sociedad conforme a las exigencias de la moral pública. Sabemos que la justicia es una virtud social que implica siempre una relación entre al menos dos personas. Es una virtud que afecta a la vida pública, tanto a las simples relaciones de intercambio de bienes entre ciudadanos particulares como a la ordenación global de la vida en sociedad. Por eso la idea de justicia ocupa un espacio central en las teorías políticas y pasa por ser el principal valor social y político.

Un buen ejemplo de esta concepción de la justicia, más completa y acomodada al objeto de nuestro estudio que las anteriores, nos lo ofrece el pensamiento de J. Rawls, para quien “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, al igual que la verdad lo es de los sistemas de pensamiento” (Rawls, 1979, p. 19). No basta con que las leyes sean correctas en lo formal o muy eficientes en lo económico. Si son injustas, deben ser derogadas o reformadas. ¿Y

qué exige la justicia social? Según Rawls, su exigencia tiene que ver con la ordenación de la estructura básica de la sociedad y consiste en la correcta distribución de derechos y deberes entre los miembros del grupo social. En otras palabras: la justicia constituye el criterio moralmente correcto de ordenación de la competencia entre los ciudadanos por las ventajas de la vida social. Desde el momento en que un orden social justo regula la conducta de sus miembros de forma satisfactoria, de tal modo que todos pueden encontrar o buscar libremente en él su felicidad, bien puede afirmarse que “justicia es felicidad social” (Kelsen, 1979, p. 7).

2. Relación entre Derecho y moral

Una vez que hemos identificado, al menos en parte, las exigencias de la justicia con los principios de la moral pública, interesa conocer la relación existente entre el Derecho y las convicciones socialmente compartidas que forman esa moral política o pública ordenadora de la vida en sociedad. En otras palabras: puesto que nos interesa investigar la ética o los principios de justicia internos al Derecho, conviene conocer previamente qué relación existe entre Derecho y justicia, pues sólo así sabremos si la presencia en el Derecho de valores morales o principios de justicia es casual, contingente, aleatoria, o más bien necesaria y requerida por la lógica misma de las cosas. Destacan dos puntos de vista básicos sobre aquella relación: el del iusnaturalismo y el del positivismo jurídico, las dos grandes corrientes en que se halla escindida desde hace demasiado tiempo la reflexión sobre el Derecho.

El iusnaturalismo defiende la existencia de una relación estrecha y necesaria entre el Derecho y la justicia. Hasta el punto de que concibe la justicia como un rasgo esencial del Derecho. Santo Tomás de Aquino, por ejemplo, uno de los más significativos representantes del iusnaturalismo clásico, afirmó que el Derecho es el objeto de la

justicia. Es aquello de lo que la justicia se ocupa. Si el Derecho es lo que concreta las exigencias de la justicia, podrá definirse entonces como lo justo concreto, la solución justa para cada caso, y todo verdadero Derecho tendrá como cualidad esencial la de ser justo.

Hablar de Derecho injusto equivaldría a incurrir en una contradicción terminológica, en un contrasentido. Un Derecho injusto no sería verdadero Derecho sino simple fuerza organizada; algo que de Derecho tendría sólo la apariencia externa, la envoltura formal, y que nadie tendría el deber moral de obedecer. En términos similares se expresa San Agustín en el libro cuarto de su obra *La ciudad de Dios*: “¿Qué serían los Estados sin justicia sino bandas de malhechores a gran escala?”. Aparte del tamaño, nada los diferenciaría de una organización criminal, que también tiene su estructura organizativa y sus reglas de conducta.

Opuesta es la doctrina del positivismo jurídico, que reconoce como verdadero Derecho cualquier conjunto de normas, justas o injustas, dictadas por el titular del poder político del Estado conforme a los requisitos formales previamente establecidos para ello. No es, pues, la justicia una cualidad imprescindible del Derecho. Como dice Alf Ross, representante del *Realismo jurídico escandinavo*, un tipo de positivismo especialmente radical, “el Derecho es un hecho; y un hecho continúa siendo tal le guste a uno o no, e independientemente de que se considere en armonía o en conflicto con algunos principios del Derecho natural, cuya verdad se presupone” (Ross, pp. 13 y 21). Negar que un Derecho injusto, por el mero hecho de ser injusto, sea verdadero Derecho sería tan absurdo como negar que un cisne negro, por el mero hecho de ser negro, sea un verdadero cisne. La historia ofrece numerosos ejemplos de sistemas jurídicos que fueron injustos en mayor o menor grado (pensemos por ejemplo en los que admitieron la institución de la esclavitud) y que sin embargo se mantuvieron en pie y ordenaron la vida social durante mucho tiempo. Luego, no puede negarse que constituyeran auténticos derechos.