

Principios Jurídicos y Deontología Profesional

Tema 1. Ética Moral y Derecho

A lo largo de nuestras vidas, nos encontramos continuamente insertos en **experiencias morales**: juicios morales que realizamos sobre la conducta de los demás o en decisiones y dilemas que atañen a valores morales.

Todos los seres humanos, seamos conscientes o no de ello vivimos vidas morales por lo que es importante la **ética**.

Definición de Ética

Las diez notas que definen la **ética** son:

1. La ética se pregunta por las **acciones del hombre** (las guerras, el aborto o la eutanasia). La ética no consiste en pensar teorías o causas, ni trata de describir como son las cosas, sino que se basa en que las cosas pueden ser diferentes, que se pueden unificar.
2. La ética pretende **orientar la acción humana**, pero eso no significa que ofrezca un listado de soluciones o instrucciones para afrontar los problemas. Ni tampoco consiste en una serie de mandamientos que debemos cumplir para ser felices. Simplemente orienta al individuo y a la comunidad en la búsqueda del bien. Nos enseña a vivir bien haciendo el bien.
3. La ética pretende que obremos **racionalmente**. La ética consiste en el empleo de la racionalidad, por encima del instinto o de los sentimientos, pero sin dejarlos nunca de lado. Sus herramientas no son los argumentos de poder (gritos, o presiones) sino las **razones**.
4. La ética desea ser un saber que afecta al conjunto de la vida y no se queda en acciones puntuales ni en hechos, pretende labrar **aptitudes**.
5. La ética invita a **forjarse un buen carácter**. Pretende que el hombre a lo largo de su vida vaya eligiendo la forma en la que quiere vivir y haciendo suyos los valores y actitudes. En este sentido hay que distinguir entre:
 - **Temperamento**: formado por los sentimientos y aptitudes con los que nacemos (dimensión pasiva de la personalidad).
 - **Carácter**: el que cada uno va formando a base de sucesivas elecciones (dimensión activa de la personalidad). A diferencia de los animales podemos modificar o reforzar nuestra herencia, eligiendo nuestro carácter.
6. La ética nos invita a buscar **finés y metas** de nuestra vida, pese a que muchas veces, esa búsqueda se abandone o fracase. No interesa el para que vivir sino el buen vivir.
7. La ética nos invita a ser **libres**, la consecuencia de la libertad es que somos y nos hacemos responsables de nuestras elecciones y acciones ante nosotros mismos.
8. La ética nos invita a **buscar la felicidad**, ya que es el objetivo del ser humano. Las personas buscan crearse un carácter que les haga felices pero la felicidad tiene distintos significados: como bienestar y placer, como logro de una autorealización o perfección, o como servicio a los otros.
La felicidad no es cosa de un día, sino que recoge la sensación de un largo tiempo.
9. La ética es un saber que nos confronta sobre nuestra manera de estar ante el otro, por lo que se preocupa de la **amistad** y la **justicia**. Busca crear un modo de vivir en comunidad.
10. La ética no se puede limitar simplemente a fijarse en las reglas, ya que las reglas son medios para alcanzar fines (este fin es lo que justifica su cumplimiento). Sin embargo, las normas inevitables en la vida social y moral, una vez que se aprenden, se aplican a los casos concretos, gracias a la **prudencia**, que nos enseña que en toda situación concreta siempre hay ciertos ámbitos que no caen bajo las reglas.

Distinción entre ética personal y ética social

Se considera que el hecho de tratar asuntos morales en la esfera pública puede llevar a pensar que hay un peligro de *ideologización*. Por lo que se tiende a pensar que todo lo relativo a la ética, debería relegarse al ámbito privado.

Sin embargo, la **ética no está limitada al ámbito individual**, no consiste en labrarse, construirse o hacerse un carácter perfecto. Sino en construir una **sociedad justa**.

Por lo tanto, la **ética personal** busca la acción que yo ejerzo sobre mi mismo para establecer en mi estilo de vida un cierto orden, que este en armonía con determinados valores.

Mientras que la **ética social** reflexiona sobre las estructuras sociales existentes y la acción colectiva encaminada a la reforma de estructuras nuevas.

Lo que nos importa a nosotros sobre todo es el **aspecto social del hombre inserto en las instituciones** (universidad, tribunales). Las instituciones tienen una serie de metas, cuyos miembros se esfuerzan por conseguir. Toda institución tiene unos fines que dan sentido a las reglas que las rigen, esos fines son proporcionales a la sociedad, unos bienes que son los que legitiman su existencia en la sociedad. Sociedad que tiene derecho a reclamar esos bienes a esas instituciones. Y si nos los aportan, pueden deslegitimarlas.

Cada institución debe producir los bienes correspondientes por medio de una serie de prácticas y profesiones (los hospitales curar, los medios informar). Desde un punto de vista moral lo importante es percibir que cada actividad corporativa tiene unos bienes internos, que no se pueden conseguir a través o mediante otra actividad.

Así, los que no persiguen esos bienes internos, desvirtúan las instituciones provocando que no se cumplan los fines de esa institución.

Diferencia entre concepto de ética y de moral

Se puede entender por **moral**, cualquier conjunto de reglas, valores, prohibiciones y tabúes, que vienen desde fuera del hombre y que le son inculcados a través de la política, las religiones, las costumbres sociales o la ideología.

En cambio la **ética**, es un concepto más amplio, siempre implica una reflexión teórica sobre cualquier moral. Es una revisión moral y crítica sobre la validez de la conducta humana. En este sentido se plantea que la **ética** es el saber filosófico que reflexiona y fundamenta la moral, y que realiza conclusiones normativas sobre el comportamiento humano.

2. La sumisión del derecho a la moral

En la relación entre el derecho y la moral no cabe hablar de independencia, no se puede afirmar que cada uno tenga sus propios valores, ni que los valores que persigue el derecho no tienen nada que ver con los valores que persigue la moral. Las leyes protegen bienes fundamentales como la vida o la propiedad (también son valores morales).

Los valores morales pretenden plasmarse en leyes y normas para no quedarse en meros sentimientos subjetivos, en conclusión, habrá que hablar de una **relación de interdependencia** entre ambos.

Esta relación de interdependencia puede ser de dos formas:

- **Coordinada**: en este caso no sabríamos cual de las dos disciplinas tendría que solucionar el conflicto si surgiera una colisión entre el derecho y la moral.
- Por ello decimos que la interdependencia deberá ser **subordinada**, para evitar que ambas manifestaciones tengan el mismo rango y que ante una colisión de estas no hubiera criterios claros para solucionar el conflicto.

¿La moral es la que debe subordinarse al derecho o es el derecho el que debe subordinarse a la moral?

Es el **derecho el que debe subordinarse a la moral**, ya que esta persigue fines más amplios y últimos que el derecho.

Solo encontramos una contradicción si el ámbito jurídico mandara lo contrario (lo prohibido) por la moral y aquí entraríamos en el problema de la **desobediencia civil**.

Derecho natural: la natur

Derecho positivo: derecho creado por el hombre.

A. La cuestión de la Ley injusta

La ley tiene una obligación moral que le viene dada por su conexión con la ley moral natural (explicación), por lo que una **ley injusta** (contraria al derecho natural) no solo no obliga moralmente (ya que desde el punto de vista de la moral una ley injusta no es ley porque no tiene como objetivo el bien común), sino que además existe obligación moral de oponerse a ella a través de medios lícitos.

Esta **resistencia** puede llevarse a cabo de diferentes formas, siendo la **revolución** el caso más extremo, la licitud de esta revolución dependerá de si se han agotado todos los demás recursos y de que la misma no provoque un mal mayor que el que se pretende evitar.

La separación entre derecho y moral plantea actualmente un problema importante como es la **obediencia al derecho**, según las teorías del reconocimiento, la obediencia a las leyes se da como consecuencia de la aceptación y convencimiento de la validez de las normas jurídicas por parte de sus destinatarios. No se trata simplemente de un reconocimiento individual sino también de un reconocimiento general, en la medida en la que el reconocimiento se refiere al conjunto del ordenamiento jurídico de sus principios jurídicos más que de normas jurídicas concretas.

Actualmente el problema radica en que ni la coacción ni el reconocimiento fundamentan y justifican el deber de obediencia al derecho ya que solo proporcionan una explicación causal de la validez del derecho, por eso es necesario reconocer la necesidad de remitirnos al problema de la legitimidad, la soberanía popular y la validez moral del derecho. Que en definitiva nos llevan al problema de Justicia en su sentido hondo.

Las **razones** que fundamentan la obligación de obedecer al derecho pueden ser: morales como no morales (como el interés, una actitud no reflexiva heredada o el deseo de comportarse como los demás).

Las **razones legales** (ej: la norma existe por lo tanto se cumple, hay que obedecerla) ni las **razones prudenciales**, que solo dan lugar a una obediencia interesada y no fundamentada (ej: cumplimos la norma por miedo a las consecuencias que se deriven de no cumplirla, o porque no vas a obtener un beneficio) no fundamentan la obligación de obedecer al derecho.

Las **razones morales** son las únicas que fundamentan de una manera sólida la obligación de obedecer al derecho (ejemplo: el derecho se obedece porque es justo o porque garantiza la igualdad, la libertad, la vida).

B. Desobediencia al derecho

Existen dos formas justificadas de desobediencia a normas jurídicas por razones morales:

Ambas consisten en vulnerar una o varias normas jurídicas (de manera no violenta), aunque aceptando el conjunto del ordenamiento jurídico.

Objeción de conciencia

Consiste en la negación por parte de una persona a cumplir con lo que establece una norma jurídica por motivos de conciencia ya que entra en conflicto con sus obligaciones morales o religiosas, el rechazo no pretende modificarla o derogarla. La objeción de conciencia no tiene sanciones.

No cabe un derecho a la objeción de conciencia con **carácter genérico** ya que eso llevaría a no declarar vinculante el derecho.

Desobediencia civil

Supone la no obediencia a una o varias normas con el objetivo de lograr modificar o derogar esas mismas normas u otras ya que se consideran injustas o inmorales, aceptando la sanción impuesta por la desobediencia. La finalidad de la desobediencia es política, por lo que es pública y manifiesta, se puede dar de dos formas:

- **Directa:** si se vulnera la norma que se pretende modificar.
- **Indirecta:** si se vulnera una norma que no se cuestiona para poner en evidencia la disconformidad con otra norma o decisión.

Insumisión

La insumisión es un fenómeno que adquirió relevancia en nuestro país como consecuencia del **movimiento antimilitarista** tras años de militarismo forzado.

La insumisión es un fenómeno que no encaja en las definiciones de objeción de conciencia o desobediencia civil ya que supera tanto el ámbito de la privacidad que suele atribuirse a la objeción de conciencia como el de la desobediencia civil. No es lícita ni está justificada.

Es un movimiento colectivo y pacífico (aunque no siempre) que supone una desobediencia al derecho ya que pretende modificar aspectos sustanciales del colectivo social (cambios sociopolíticos y jurídicos). Es beligerante y no simplemente pasivo, busca la publicidad y da lugar incluso al encarcelamiento. Los insumisos se niegan a comunicar a las autoridades su objeción y a presentar la solicitud para su reconocimiento.

C. Objeciones de conciencia a los tratamientos médicos

Tratamientos médicos obligatorios a adultos

Hay multitud de textos legales y jurisprudenciales que determinan que debe ser respetada la objeción de conciencia de una persona **adulta y capaz** aunque su decisión le pueda llevar a la muerte. En este caso el derecho a actuar según la propia conciencia y el derecho sobre el propio cuerpo estarían por encima de la vida humana. Distinguiendo entre: buscar la muerte (suicidio) y dejarse morir.

En el ámbito internacional, el derecho del adulto sobre el propio cuerpo quedó determinado en **Estados Unidos** en 1914, la sentencia no contemplaba un caso de objeción de conciencia, sino la simple negativa a sufrir una intervención quirúrgica. En la sentencia se declara que todo ser humano adulto y en uso de sus plenas facultades tiene derecho a determinar que debe hacerse con su propio cuerpo, excepto en los casos de emergencia, cuando el paciente ha perdido la conciencia o el conocimiento y es urgente intervenir.

Italia ha establecido este derecho por vía judicial.

En **Francia**, este principio ha sido declarado en el código deontológico médico.

En **España**, el tribunal constitucional estimó (*sentencias 137/1990 y 120/90*) en el caso de presos en huelga de hambre que rechazaban ayuda médica, que si se impone asistencia médica en contra de la voluntad de la persona, se viola el derecho a la integridad física y moral. Sin embargo, este principio general no puede ser absoluto ya que hay circunstancias exteriores que pueden producir interés social de tal importancia que neutralice el ejercicio de la libertad individual e imponga un tratamiento considerado inmoral por el paciente.

La situación cambia cuando el enfermo se encuentra incapacitado para tomar una decisión. En estos casos, la práctica habitual es acudir a las familias para que aprueben los tratamientos. Pero cuando la familia se niega a dar la autorización por motivos de conciencia son entonces las autoridades las que tomarán la decisión acudiendo a criterios objetivos.

Cuando el tratamiento es necesario para salvar la vida del enfermo, el juez suele autorizar la intervención. Así lo ha entendido la jurisprudencia de **Estados Unidos** varias veces desde 1964, argumentando que el riesgo de equivocarse al tratar de adivinar la voluntad presunta del enfermo comporta una carga demasiado grave puesto que está en juego la vida del enfermo. En cambio, si la ayuda médica (tratamiento) no tiene como objetivo salvar la vida del enfermo, la

jurisprudencia suele ocurrir al juicio por sustitución e intentar determinar la voluntad presunta del paciente.

Tratamientos médicos obligatorios respecto a menores de edad

Cuando se trata de menores de edad cuya vida peligra, junto al derecho a la intimidad personal y familiar aparece el derecho de los padres a la educación y a elegir el modo de vida de sus hijos, menores de edad. En este supuesto, la regla aplicable a los adultos se invierte ya que estos derechos no son absolutos y pueden ceder ante el interés del estado en proteger el bienestar de los menores. A las autoridades les basta con demostrar que de no actuar se provocaría un daño grave para el paciente.

En cambio si hablamos de menores cuya vida no corre peligro la solución no es tan clara. A veces, prevalece el derecho a una mejor calidad de vida del menor y otras prevalece la libertad religiosa de las familias.

Tratamientos médicos no obligatorios

En ocasiones la objeción de conciencia se ha planteado ante curas médicas que no se imponen como obligatorias. La persona es libre de someterse o no al tratamiento pero si lo rechaza se verá privada de un beneficio al que tenía acceso e incluso derecho, por lo que puede producirse una discriminación por motivos religiosos o de conciencia. El análisis de estas situaciones suele partir del principio de igualdad y la mayoría de las decisiones han sido favorables a las personas que se han sentido discriminadas.

Tema 2. Ética aplicada y deontología profesional

1. Ética de los principios y deontología profesional

Hay que diferenciar entre la deontología profesional y la ética profesional:

La **ética profesional** trata de averiguar cuales son los bienes internos que cada una de las actividades profesionales debe proporcionar a la sociedad, que metas debe perseguir y que valores serán necesarios incorporar a la profesión. Por lo tanto la ética profesional se sitúa en el plano de la filosofía, se centra en el tema del bien, qué es bueno hacer.

Es independiente de las normativas y regulaciones deontológicas concretas ya que no las necesita para su fundamentación y desarrollo sino que las dirige e inspira.

La **deontología** es la ética aplicada al mundo profesional, tiene el objetivo de establecer normas y pautas de conducta exigibles a todos los profesionales con el fin de garantizar una actuación honesta en el desarrollo de su actividad.

Al establecer normas y códigos de conducta la deontología se encuentra más cerca del derecho que de la filosofía, ya que prevé tanto consecuencias sancionadoras como la especificación de principios morales de carácter general. La deontología debe tener presente la opinión de los especialistas en Ética pero es el propio profesional el que desde el conocimiento de su profesión debe diseñar las normas de comportamiento honesto en la profesión, cuya comprensión no puede realizar todo el mundo.

Relación entre deontología profesional y ética profesional

La relación existente entre la **deontología profesional** y la **ética profesional** consiste en que sin la perspectiva ética la deontología pierde la referencia, no acaba de quedar claro el sentido y el porqué de las normas deontológicas, no se ve hacia donde se dirigen o el bien que tratan de conseguir.

Existen cuatro diferencias:

1. El bien tiene muchas facetas, no tiene límites y no es exigible en todos sus aspectos. Pero lo que sí hace falta son normas que puedan y deban salvaguardar unos mínimos obligatorios para todos, compartidos por todos y que puedan ser interpretados por todos en los mismos términos y que se puedan explicar con idénticos criterios. Sin normas no hay universalidad ni igualdad en las exigencias.
La deontología habla de lo que es vinculante para todos los que ejercen la misma posición, mientras que la ética se ocupa de los espacios abiertos y plurales que quedan para el bien.
2. La ética puede aprender mucho de la deontología en la medida en que le muestra los problemas y realidades del profesional. La ética cuando se vuelve demasiado abstracta se olvida de la realidad y se hace incapaz de proponer propuestas viables de humanización.
3. La ética tiene como última instancia la **conciencia individual** mientras que la deontología se mueve más en el campo de lo que es aprobado por un colectivo. La referencia a la conciencia personal necesita remitirse a reglas objetivadas en los códigos deontológicos. La deontología es un desarrollo de los principios a partir de la existencia de normas jurídicas, hábitos, usos, costumbres, situaciones socioeconómicas del profesional.
4. Los principios son aplicados en un primer momento por el profesional, es su conciencia formada e informada la que garantiza la adecuación de su conducta a los principios de moralidad. Sin embargo, la eficacia del código deontológico no depende únicamente del fuero interno ya que ante ciertas conductas cabe la sanción, estas sanciones son las que dan cierta eficacia en la prevención de la conducta profesional incorrecta.

En conclusión la ética profesional es una ética aplicada, no normativa ni exigible que propone motivaciones en la actuación profesional basándose en la conciencia individual y buscando el bien de los individuos en el trabajo. La **ética** es por lo tanto el horizonte, la configuradora del sentido y la motivación de la deontología.

2. Principios éticos

1. Principio de no maleficencia

La primera obligación con la que se encuentra el profesional a la hora de poner en práctica su profesión es por lo menos **no dañar** al individuo que está tratando. Para algunos esta obligación de no dañar es más obligatoria que la exigencia de promover el bien.

2. Principio de beneficencia

Este principio lleva siempre a actuar en **beneficio del cliente** o del usuario. La beneficencia lleva al profesional a preocuparse por aportar siempre el bien o servicio de su profesión a la sociedad. La aplicación del principio de beneficencia se basa en la relación beneficio-riesgo, se busca el mejor beneficio con el menor riesgo.

3. Principio de autonomía

El benefactor y el beneficiario no se encuentran en el mismo plano, ya que el profesional sabe mejor lo que conviene a quien acude a él (por ello que acuden a él). El problema es que si se absolutiza el principio de beneficencia (buscar el máximo beneficio con el menor riesgo) se corre el riesgo de caer en el paternalismo o la tiranía. Para corregir este posible problema interviene el principio de autonomía, según el cual el cliente es un sujeto que tiene que ser respetado, tomado en consideración e informado.

El profesional entra en diálogo con el usuario, tiene en cuenta sus puntos de vista y establece con él unos pactos acerca de la prestación profesional. Es el usuario el que debidamente informado debe decidir acerca del servicio o prestación que se le ofrece. Sin embargo, la autonomía no significa que el usuario, paciente o cliente haga o elija lo que quiera. Lo normal es respetar la decisión del paciente o cliente competente, aunque esto no impide que puedan surgir conflictos entre el punto de vista del profesional y el punto de vista del paciente cliente competente.

El principio de autonomía implica el **respeto del punto de vista del paciente** o cliente. La tendencia actual es que prime la autonomía sobre la beneficencia. Por eso el principio de autonomía también tiene que ser moderado por el de beneficencia.

4. Principio de Justicia

Las instituciones disponen de unos recursos escasos y tienen la necesidad de compatibilizar o jerarquizar múltiples demandas ya que es imposible satisfacer las demandas y deseos de todos. Como los recursos son escasos en cualquier institución y no se pueden satisfacer todas las demandas, hay que introducir un principio de justicia para arbitrar una **distribución racional y justa** de recursos escasos para conseguir diferentes fines que deben ser jerarquizados para ser atendidos en la medida de su importancia, urgencia, posibilidades, etc.

El principio de justicia busca establecer unas prioridades para hacer frente a las desmesuradas demandas de los profesionales (piden más medios) y de los usuarios (piden más prestaciones). El principio de justicia se preocupa ante todo del problema de la distribución de recursos y de la igualdad de oportunidades. Existen dos formulaciones de este principio:

1. **John Rawls** propone como criterio de justicia en las instituciones la figura del método del observador ideal, omnisciente, desinteresado y desapasionado para intentar averiguar las prioridades en la distribución. Desde aquí plantea que la única forma de aceptar las desigualdades es a través de un sistema de libertad de oportunidades que favorezca a los más pobres.
2. **Criterio de elección:** entre dos opciones, sería considerar cual de ellas es más urgente, más universal y más necesaria o básica.

3. Otros principios

Principio de Probidad (honradez): un profesional tiene que ser ante todo una persona honesta, la honestidad se basa en el cumplimiento de los deberes consigo mismo y con los demás. Especialmente, los que sobresalen en condiciones de desigualdad.

Principio de Desinterés: una cosa es que el profesional haga de su trabajo un medio de vida, lo cual es lícito, y otra cosa es que anteponga su propio beneficio a cualquier otra consideración.

Principio de Decoro (dignidad): la dignidad es un valor inherente al ser humano que debe ser protegido y respetado, la proyección de este valor en el ejercicio profesional es lo que proporciona el decoro a la corporación o al colegio profesional. La dignidad en el desempeño por parte de uno afecta al decoro de los demás, a veces esto rebasa el ámbito estrictamente profesional y puede referirse a la propia vida personal, familiar y social del profesional.

4. Conclusión

Resulta crucial integrar las tres perspectivas: **expertos, afectados y responsables:**

Si olvidamos a los expertos, corremos el riesgo de ignorar elementos decisivos, pero tampoco debemos dejarlo todo en sus manos ya es fácil que caigan en la ideología del profesionalismo, el secuestro corporativo y en el paternalismo.

Sin los afectados, se pierde la perspectiva de la persona a la que se pretende beneficiar, pero los afectados, que son los que tienen el problema, no tienen la solución, ya que no tienen ni conocimientos ni recursos.

Los responsables políticos y los directivos de las instituciones participan gracias a los criterios de justicia para adoptar decisiones relativas a buscar un equilibrio entre las múltiples necesidades e interés y las posibilidades y recursos disponibles, sin embargo ellos tampoco tienen la última voz ya que muchas veces se olvidan de los problemas concretos y de las personas concretas enredados en los grandes números y en las amplias reestructuraciones institucionales.

En la actualidad, existe un profundo clima de deshumanización en las instituciones en el que:

1. El usuario es despersonalizado, es decir, se le trata como desigual e inferior.
2. Hay una ausencia de calor en las relaciones humanas, es decir, existe una distancia afectiva de los profesionales y una no implicación afectiva.
3. Existe una profunda impotencia y conformismo al sentirse coaccionado y manipulado.
4. Los clientes, pacientes y usuarios se sienten siempre en manos de unos profesionales sobrecargados de trabajo.

Bloque II: Principios jurídicos

Tema 4. Los principios generales del derecho

1. Fuentes del derecho

Al hablar de **principios jurídicos básicos** o **principios generales del derecho** debemos hacer una referencia a las fuentes del derecho.

La aprobación de *La Constitución Española (1978)* ha supuesto una modificación radical de las **fuentes del derecho**, que utiliza la expresión “fuentes del derecho” en el *art. 149.1.8*, tema del que tradicionalmente se ocupaba el Derecho Civil, cuyo *art. 1.1 del Código Civil* dispone: “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Así mismo en su título preliminar contiene una serie de reglas sobre la aplicación de las normas jurídicas, sobre su eficacia general e interpretación, así como la problemática de los principios generales del derecho y el valor complementario de la jurisprudencia (no es fuente del derecho).

Lo importante es poner de relieve que esta regulación del Código Civil no ha sido derogada por nuestra constitución, pero debe ser interpretada de conformidad con la misma. Es decir, el *art. 1.1 del Código Civil* es uno de los posibles desarrollos normativos del *art. 149.1.8 de La Constitución*.

Aunque también hay que afirmar que no resulta suficientemente explicativa la enunciación que efectúa de las fuentes del derecho. La regulación en este cuerpo legal debe ser considerada un resquicio de los antiguos planteamientos liberales que respondían a una fuerte estructura centralizada y eran sumamente deudores del sagrado principio de la supremacía de la ley como expresión de la voluntad general.

La regulación de las fuentes del derecho se sitúa en el campo de la teoría de *La Constitución*, el propio **Kelsen** concebía *La Constitución* desde un punto de vista material como la norma jurídica suprema y reguladora del proceso de creación de normas por parte de los órganos superiores del estado.

La propia configuración de *La Constitución* como norma jurídica suprema supone que esta se convierte no solo en auténtica fuente del derecho sino en la norma delimitadora del sistema de fuentes. Ello sin perjuicio de que otras normas como pueden ser los estatutos de autonomía, que son fuentes de derecho supeditadas jerárquicamente a *La Constitución*, también puedan proceder a una determinación del subsistema de fuentes normativas de su respectiva comunidad autónoma.

Concepto de Fuentes del Derecho

En principio hay que señalar que el concepto de fuentes del derecho no es unánime en la doctrina, a este respecto la expresión parece admitir dos sentidos.

1. Sería aquel conjunto de factores que conducen efectivamente a la creación de normas.
2. Desde un punto de vista jurídico, es preciso efectuar una triple distinción:
 - a. Por un lado sería aquel conjunto de sujetos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la facultad de crear normas (**fuentes de producción**).
 - b. Se entendería por fuentes del derecho no los hechos cualificados sino las normas que los cualifican (**fuentes sobre la producción**).
 - c. Se entenderían por fuentes del derecho las formas a través de las cuales se expresa la norma jurídica (sentido del *art. 1 del Código Civil*).

Es decir, se puede distinguir entre las llamadas **normas sobre la producción jurídica**, que son aquellas que establecen las reglas para la creación modificación o derogación del derecho y las llamadas **normas de producción jurídica** que son las que dictan la regla aplicable al caso concreto.

La norma sobre la producción jurídica por antonomasia es *La Constitución*, que no es solo norma jurídica sino también delimitadora del sistema de fuentes, pues disciplina el sistema de producción de disposiciones o normas manteniendo con ellas un vínculo de jerarquía.

En un **sentido material**, el término fuente del derecho se refiere a las normas que componen el ordenamiento jurídico.

En un **sentido formal** serían los factores históricos que inciden en la creación del derecho.

En un **sentido jurídico** es cada fuerza social con potestad para crear normas.

Podemos distinguir tres grupos normativos diferentes:

1. Fuentes escritas:

a. La **Constitución**.

b. La ley (en su doble manifestación, **ley orgánica** y **ley ordinaria**).

c. La **potestad reglamentaria**: es ejercida por el gobierno y tiene siempre un rango inferior a la ley.

2. Fuentes no escritas:

a. La **costumbre** (creencia social que es de obligado cumplimiento) siempre que no exista ley aplicable al caso.

b. Los **principios generales del derecho**, que son los criterios de valoración no formulados, es decir, se trata de normas producto de la sociedad, lo que se denominan usos sociales interesados.

3. Fuentes indirectas:

a. Los **tratados internacionales**, son acuerdos escritos entre sujetos del derecho internacional y que se rigen por el derecho internacional, se pueden adoptar por dos o más estados, por estados y organizaciones internacionales y por organizaciones internacionales entre sí.

b. La **jurisprudencia**, es la doctrina o conjunto de sentencias, que emanan de los órganos jurisprudenciales ordinarios y en particular, del tribunal supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Principios generales del derecho

Esta fuente del derecho proclamada también por nuestro *Código Civil*, plantea una incidencia particular, ya que muchos de los temas referentes a estos principios generales se pueden considerar superados. *La Constitución* ha procedido a la constitucionalización de muchos de estos principios en el *artículo 9.3*, que debe ser considerado como una de las manifestaciones del Estado de Derecho, es decir, de este modo se obvia el problema de su valor jurídico, ya que tienen la misma naturaleza que los demás preceptos constitucionales, planteándose la cuestión de su relación con los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, y con el sistema de derechos y libertades reconocidos por nuestra Constitución.

Desde un punto de vista doctrinal se ha señalado la dificultad para definir su concepto.

Como concepto de **principios generales del derecho** podemos definir por tanto como las normas jurídicas y las ideas fundamentales que informan nuestro ordenamiento positivo contenido en leyes y costumbres. Y en última instancia, aquellas directrices que derivan de la justicia tal y cómo se entiende por nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la aplicación de los principios generales del derecho, estos principios se aplican a través de la ley o la costumbre pero también se aplican cuando la falta de ley o costumbre dejaría sin regulación (*art. 1.4 del Código Civil*). Por tanto se llenan los vacíos o lagunas que puedan existir en el derecho legislado y en el derecho consuetudinario (la costumbre).

De forma que como dichos principios generales completan a este derecho legislado y consuetudinario, la totalidad jurídica que en conjunto forman la ley, la costumbre y los principios generales carece de lagunas, pues contiene normas para solucionar todos los casos posibles.

Existen principios generales **positivos y extrapositivos**.

Así, el estado o el pueblo establecen como derecho positivo los principios generales que tanto las leyes como las costumbres recogen. Y hablamos de principios extrapositivos cuando no se encuentran comprendidos en ninguna norma.

3. La constitucionalización de los principios generales del derecho: principios constitucionales

Nuestra jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre la naturaleza de estos principios en la sentencia del 20 de julio de 1981 al afirmar que no son compartimentos estanco sino que al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás. Y en cuanto sirva para promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el estado social y democrático de derecho.

Nuestra jurisprudencia ha rechazado una interpretación formalista de aquellos viniendo a afirmar en la sentencia del dos de febrero de 1981 que los principios generales del derecho incluidos en La Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios plasmados en La Constitución sea irreductible, tales principios en cuanto forman parte de La Constitución participan de la fuerza derogatoria de la misma como no puede ser de otro modo.

De esta primera configuración jurisprudencial se desprende que los principios generales del derecho que han sido recogidos en *La Constitución en el art. 9* tienen la misma naturaleza que las demás normas constitucionales. Diferenciándose únicamente por su estructura y su contenido, pues tienen un marcado carácter finalista.

Los principios constitucionalizados del *art. 9.3 de La Constitución* son:

- a. **Principio de constitucionalidad:** consecuencia de la consideración de La Constitución como norma jurídica suprema.
- b. **Principio de legalidad y de jerarquía normativa.**
- c. **Principio de publicidad de las normas:** significa que el cumplimiento de las leyes no puede excusarse en la ignorancia de las mismas, el acceso del público al conocimiento de la norma suele hacerse a través de su publicación en el boletín oficial del estado o en los boletines oficiales de las comunidades autónomas o de las provincias. La publicidad de las normas está en íntima conexión con el principio de seguridad jurídica
- d. **Principio de irretroactividad:** este principio afecta a las disposiciones sancionadoras no favorables como a las disposiciones restrictivas de los derechos individuales. Es decir, la regla general es la licitud constitucional de la retroactividad pues como dispone el *art. 2.3 del Código Civil* las leyes no tendrán efecto retroactivo a menos que dispongan lo contrario.
- e. **Principio de seguridad jurídica,** que como ha señalado la *sentencia del 20 de julio de 1981*, no parece concebido como una suma de los demás principios constitucionalizados en el *art. 9.3*, sino también como un equilibrio que permite promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad. Es decir, la seguridad jurídica es la síntesis de los demás principios constitucionales pero no admite únicamente esta consideración, pues tiene sustantividad propia (a este respecto las sentencias 43/1982, 63/1982, 147/1986, etc.). Además, es un principio que afecta directamente a la ciudadanía pues estos deben presentir la aplicación del derecho por parte de los poderes públicos, en particular la

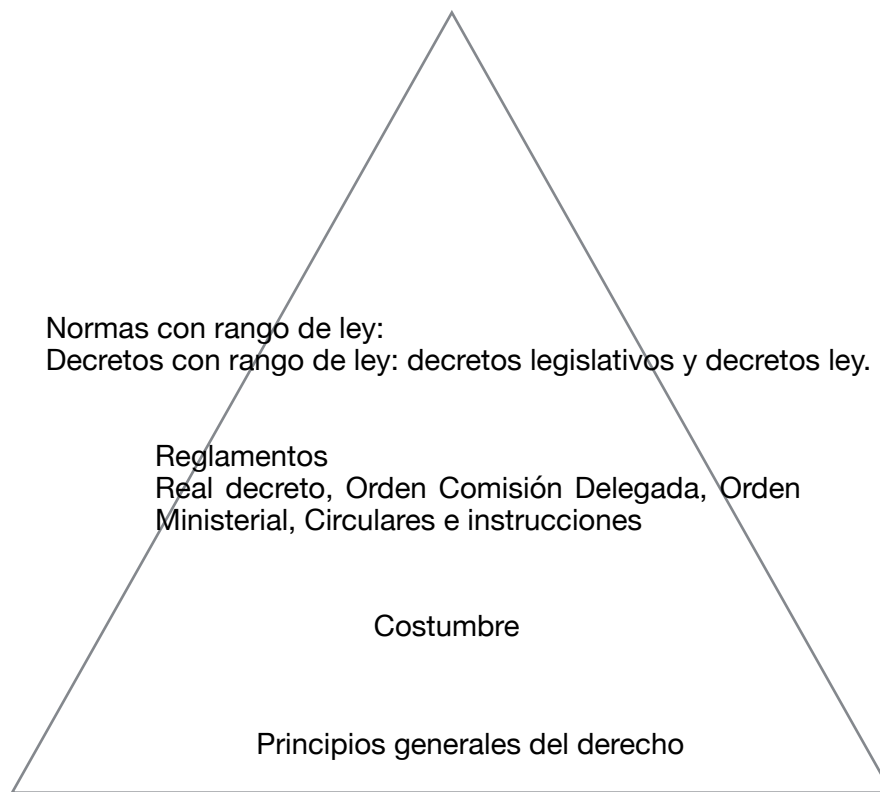
Pirámide de Kelsen	judiciales,	Constitución Española	predecibilidad de las decisiones viniendo a significar la expectativa razonablemente ciudadano en cual ha actuación del poder aplicación del
fundada de ser la en la derecho. Se	Ley orgánica: art. 81	d e l	Ley ordinaria:
trata de un principio que informa toda la actuación de los poderes públicos, obligando incluso al legislador a realizar un ejercicio de la potestad legislativa, de acuerdo con sus parámetros estructurales. Como deben ser: la certeza y la taxatividad de las normas.			
f. Principio de interdicción de la arbitrariedad: tiene su manifestación más importante en la responsabilidad de los poderes públicos, este principio vincula a todos los poderes públicos incluido el legislador, aunque este no puede identificarse con el gobierno ni en consecuencia esta noción, asemejarse a la utilizada en el ámbito del derecho administrativo (sentencias 27/1981, 67/1982, 23/1984, 108/1986, 116/ 1986, etc..).			

En resumen, los principios generales del derecho, especialmente aquellos que no están recogidos en otras normas jurídicas, pues en este caso tienen la naturaleza de estas, actúan como un autentico límite a la discrecionalidad de los operadores jurídicos, incluidos los órganos judiciales, pues también tienen la consideración de normas jurídicas.

4. Principios de ordenación de fuentes

La complejidad de nuestro ordenamiento jurídico hace necesaria la existencia de cuatro principios, los cuales servirán para la resolución de posibles conflictos entre normas:

- a. **Principio de jerarquía normativa** (*art. 9.3 de La Constitución Española*): debido a que en el ordenamiento jurídico existe una gran diversidad de normas hay que fijarse en la jerarquía de cada una de ellas, comenzando por la primera de todas que es La Constitución. En virtud de este principio de jerarquía una norma de rango inferior no puede oponerse a una norma de rango superior. Así por ejemplo, los reglamentos que son normas dictadas por el gobierno no pueden contravenir ni La Constitución ni las normas con rango de ley como son las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, leyes autonómicas, reglamentos parlamentarios, decretos legislativos o los decretos ley. Este principio en el terreno administrativo cobra una gran importancia en la jerarquización de los distintos reglamentos, es decir, los reglamentos emanados de las diversas autoridades administrativas se ordenan jerárquicamente en función de la jerarquía de la autoridad que los haya dictado, tanto en el terreno estatal como en el terreno autonómico. Sin embargo, existen ocasiones en las que para determinar que norma se debe aplicar hay que poner este principio de jerarquía en relación con el principio de competencia, con el principio espacial y con el principio temporal.
- b. **Principio de competencia:** las competencias vienen reguladas en nuestra constitución en el *art.148* que se refiere a las competencias asignadas a las comunidades autónomas y en el *art. 149* donde se regula las competencias exclusivas que tiene el estado. Según este principio, una determinada norma que regula una materia específica por habersele atribuido esa competencia, no puede permitir que otras normas invadan ese terreno, por lo que serán inválidas. Es lo mismo que sucede cuando una norma inferior contradice lo establecido por una norma de rango superior. Este principio entra en juego con independencia del principio de jerarquía ya que puede darse el caso de que una norma sea inválida frente a otra pese a que ambas sean del mismo rango.
Así por ejemplo, una ley de cortes sería inválida si regulase materias que están reservadas a una ley autonómica a pesar de tener ambas el mismo rango formal. Sin embargo, es posible que en el momento de su aplicación y ante un eventual conflicto de normas que regulen materias no fácilmente delimitables surja la duda de la primacía de unas sobre otras. En estos casos se debería recurrir al principio de jerarquía normativa o al principio espacial. A efectos de clarificar cual de ellas es la que goza de validez dentro del ordenamiento jurídico global del estado. En tales casos también puede entrar en juego el tribunal constitucional que sería quien zanjase la cuestión.



- c. **Principio espacial:** para entender este principio hay que tener en cuenta que existen ciertas leyes que solo tienen eficacia y validez en determinados ámbitos o espacios del territorio nacional. Esta circunstancia afecta tanto a leyes autonómicas como a leyes ordinarias del estado que pueden tener un ámbito espacial limitado por haber cedido las materias de su regulación a todas o algunas de las comunidades autónomas. Esto implica que de acuerdo con este principio aquellas leyes que posean un alcance espacial sobre todo el territorio nacional deberían ser superiores en rango al resto de normas.
- d. **Principio temporal:** las leyes y los reglamentos gozan en principio y salvo excepciones de una duración indefinida en el tiempo, de manera que perviven en el tiempo hasta que no sean derogadas por otra norma posterior pero para eso no basta con la existencia de otra norma posterior que regule la misma materia sino que además tiene que tener al menos la misma jerarquía que aquella aunque no es necesario que también coincida la forma de la ley. Así por ejemplo un decreto-ley puede producir la derogación de una ley anterior. Y por supuesto la aparición de una norma con rango superior respecto a la otra anterior y que regula la misma materia produce también la derogación de la norma de rango inferior. Así por ejemplo una ley puede derogar un decreto y un decreto puede derogar una orden ministerial.
- En virtud de este principio existen dos clases de derogación: **derogación expresa** (se produce cuando una norma establece señaladamente que una norma preferente o alguno de sus artículos queda derogada) y **la derogación tácita** (se produce cuando el contenido de la nueva norma es incompatible con el contenido de la norma precedente aunque no se mencione la derogación de esta).

Tema 5. La ley como fuente del derecho

1. Concepto de ley

Nuestra constitución mantiene una concepción clásica sobre los principios de imperio de la ley y el principio de legalidad. Prueba de ello es la propia redacción del preámbulo de nuestra constitución, cuando se proclama la voluntad de la nación española de consolidar un estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

No existe un concepto unitario de ley más allá de su consideración como norma aprobada con tal nombre por las cortes generales y por las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, como la quiebra del concepto tradicional de la misma. El concepto de ley elaborado por los revolucionarios franceses con sus características de generalidad y universalidad va a entrar en quiebra. A lo largo de todo un proceso histórico se van a ir produciendo una serie de intentos por tratar de clarificar el concepto, implicando una modificación de sus características hasta entonces pacíficamente aceptadas: la ley como norma general y abstracta, la unidad formal y rango normativo de la ley, y la ley como acto de soberanía.

En el derecho positivo la palabra **ley** se utiliza en varios sentidos:

1. En el sentido de **forma de producir normas**, es decir, en el de fuente formal del derecho.
2. En el sentido de **norma jurídica procedente del estado**, es decir, que tiene por fuente material al estado. Ya que entre las normas estatales existen normas de diferentes clases, a diferencia de la costumbre que procede del pueblo. En tal sentido se utilizan los *art. 1 y 2 del Código Civil*.
3. En el sentido de **norma jurídica estatal de primer rango**, es decir, norma de carácter fundamental ya que dentro de las normas estatales, existe una variedad de normas diferentes, y que son de inferior rango a la ley, como por ejemplo: los decretos, ordenes ministeriales, etc...
4. En el sentido de **norma jurídica general**, que abarca tanto las normas legales como aquellas que son aceptadas por el ordenamiento jurídico, como es el caso de la **costumbre** y de los **principios generales**. En este sentido se utilizan los art. 8, 9 y 10 del Código Civil.

Todo lo anterior plantea la cuestión de si hoy es posible mantener un concepto formal o material de ley. Aunque existen algunas discrepancias o diferencias doctrinales, se puede afirmar que el concepto de ley es: *la ley es aquella norma aprobada por las cortes generales o por las asambleas legislativas de las comunidades autónomas con arreglo a un procedimiento determinado y con independencia de cualquiera que sea su contenido.*

Ahora bien, el hecho de que el concepto de ley deba elaborarse con arreglo a los postulados del principio democrático no quiere decir que únicamente el parlamento responda al principio de legitimidad democrática, pues también el gobierno responde a este postulado, es decir, las cortes generales son el órgano representativo directo de la voluntad popular y como tal los demás órganos constitucionales, entre ellos el gobierno, deben su legitimidad democrática al propio parlamento, que los ha nombrado, también es lícito sostener, aunque no lo diga de forma expresa nuestra constitución, que la misma legitimidad democrática que subyace en el parlamento es predicable de Gobierno. Pues el principio democrático se impone a todos los poderes públicos y los actos emanados de un y otro, la ley y el reglamento, responden al mismo grado de legitimidad democrática.

Desde este planteamiento se trataría de analizar si los procedimientos de elaboración de unos y otros tipos de normas presentan características propias para convertirse en un criterio determinante. En principio parece que la respuesta es positiva, pues las normas que emanan del parlamento están presididas por el principio de publicidad y discusión que no siempre se produce

en las normas que proceden del gobierno. Con ser cierta esta afirmación también hay que tener en cuenta que las normas emanadas del gobierno, precisamente por estar sujetas a este principio democrático, participan de algún modo de estas características. Así en el proceso de elaboración de algunas de estas normas deben intervenir otros órganos constitucionales, como por ejemplo: el Consejo General de Poder Judicial, o el propio Consejo de Estado.

Por otro lado, la actuación del prelegislador parece exigir en nuestros días la necesidad de acudir a mecanismos de acuerdo y negociación con determinados grupos sociales representativos, normalmente destinados a ser destinatarios de las normas en los cuales el principio de publicidad puede operar con tanta o mayor significación en el proceso legislativo. Todo ello sin olvidar la obligatoriedad así reconocida en el *art. 105a* de La Constitución Española y por nuestra jurisprudencia, del trámite de audiencia pública en la elaboración de disposiciones de carácter general que afectan a la ciudadanía. Y de igual modo, el trámite parlamentario que de una forma u otra afecta al procedimiento de aprobación de un decreto ley y/o decreto legislativo.

2. Leyes ordinarias

La diferenciación entre ley orgánica y ley ordinaria no debe impedirnos mantener un concepto unitario de ley. Por lo tanto, el problema de estas normas no es la de su naturaleza jurídica sino su variedad. En principio nuestra constitución únicamente establece supuestos concretos de reserva de ley, y contempla diversas leyes ordinarias entre las cuales y a parte de las contempladas en el *art. 150* de La Constitución Española, figuran las siguientes:

A. Leyes del Pleno y leyes de Comisión.

El *art. 75 de La Constitución Española* establece la posibilidad de que las cámaras deleguen en las Comisiones permanentes legislativas la aprobación de proyectos y proposiciones de ley. En el caso del Congreso de los Diputados se excluyen de tal delegación tanto el debate y la votación a la totalidad como a la toma en consideración. Así mismo la delegación legislativa no es posible cuando los proyectos o proposiciones de ley hubiesen sido vetados o enmendados por el Pleno del senado. Además, el Pleno puede recabar para su competencia la deliberación y votación final, bien en el momento del debate de la totalidad o en el de la toma en consideración que no entran en el ámbito de la delegación, o bien antes de iniciarse el debate en la comisión correspondiente.

Por su parte, el Reglamento del Senado efectúa una regulación menos restrictiva. De esta manera la delegación y su posible revocación posterior se adoptarán por el Pleno a propuesta de la mesa, oída la junta de portavoces, de un grupo parlamentario o de 25 senadores, excluyéndose únicamente de la delegación la hipotética aprobación de un veto por parte de la comisión, que deberá ser ratificado o rechazado por el pleno

B. Leyes de Presupuestos

Se encuentra previsto en el *art. 134 de La Constitución Española*. Es conveniente tener en cuenta no ya si la ley de presupuestos es una auténtica ley sino como su utilización se ha producido con una finalidad inicial no prevista. En resumen, puede proclamarse que el contenido mínimo necesario e indispensable de las leyes de presupuesto es el explícitamente proclamado en el *art. 132.2 de La Constitución Española*, es decir, la previsión anual de la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal. Y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del estado. Esta configuración de las leyes de presupuestos como leyes **Ómnibus**, es decir, como leyes que contienen normas competenciales, procedimentales y organizativas ha sido objeto de una fuerte crítica doctrinal. Que ha llegado a hablar de la existencia de una desviación del poder señalando que el legislador no tiene plena libertad de configuración normativa.

C. Leyes ratificadas por referéndum

Nuestra constitución responde a los esquemas del gobierno representativo, mostrándose reacia a concebir un papel importante a las instituciones de democracia directa.

El referéndum aparece perfectamente deslindado del plebiscito, de frecuente utilización en los regímenes de caracteres más autoritarios. La distinción fundamental radica en que el

referéndum supone la manifestación del cuerpo electoral sobre un texto aprobado por un órgano legislativo, mientras que el plebiscito es esa misma manifestación del cuerpo electoral, sobre una decisión política no legislativa.

Las modalidades del referéndum son susceptibles de la siguiente clasificación:

- Por su **materia**: constitucionales y legislativos.
- Por el **tiempo**: sucesivos y preventivos.
- Por su **eficacia**: consultivos y abrogatorios.
- Por su **fundamento jurídico**: obligatorios y facultativos.

La regulación constitucional del tema es poco homogénea ya que existen diversas modalidades de referéndum, como son: el **referéndum constitucional** (a propósito de una reforma de La Constitución) puede haber también referéndum autonómicos (a propósito de la iniciativa autonómica y de la reforma de los estatutos) y el **referéndum consultivo**.

Tema 6. Otras fuentes del derecho

1. La costumbre como fuente del derecho

El *art. 1 del Título Preliminar del Código Civil* menciona a la **costumbre** de forma explícita como segunda fuente del derecho, señalándose que “la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada” y añade además, “los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre”.

Podemos definir como concepto de **costumbre** como una forma de crear normas jurídicas, de crear derecho. Las **normas consuetudinarias** (costumbre) se caracterizan por:

- Su **origen extraestatal**, es decir, como normas surgidas sin la intervención del estado y por lo tanto no son legislativas (no se han creado por una estructura política).
- La **forma en la que han sido producidas** (o forma de producción): ya que se trata de un derecho que surge de los grupos sociales.
- Su manifestación o **forma de exteriorización**: ya que ese derecho creado debe manifestarse a través de un uso.
- Son normas jurídicas auténticas y ello permite poder diferenciarlas de los usos sociales, de las normas de cortesía, etc...

La redacción primitiva de nuestro Código Civil no enumera los requisitos que debe reunir la costumbre para constituir y ser considerada como una auténtica fuente del derecho y para que se entendiese formada y así poder crear derecho.

En el actual *art. 1.3 del Código Civil* se establece que: “la costumbre regirá en defecto de ley aplicable y no podrá ir en contra de la moral ni del orden público y deberá ser probada”.

En resumen podemos afirmar que los requisitos de la costumbre como fuente del derecho son:

1. El uso, entendido como el elemento material que es producto de la realización de actos externos de manera uniforme general, duradera y constante.
2. La **Opinio iuris** como elemento espiritual que consiste en la voluntad general de la comunidad que practica el uso, de regularlo jurídicamente. La falta de esta voluntad de regulación jurídica hace que aquellas costumbres que solo encierran un acto de cortesía o tolerancia no creen derecho consuetudinario (no crean costumbre, dar propina, dejar el sitio en el metro).
3. No ser contrario a la ley, a la moral ni al orden público.

Los caracteres de la costumbre como fuente del derecho se pueden establecer de la siguiente forma:

1. La costumbre es una **fuente independiente del derecho**, ya que nace y se desarrolla con independencia de la ley.
2. La costumbre es una fuente subsidiaria ya que cumple una función supletoria como viene recogido en el *art. 1.3 del Código Civil*.
3. La costumbre es una fuente secundaria y por lo tanto quien alegue en los tribunales la aplicabilidad de las **normas consuetudinarias** deberá probar la existencia, el contenido y el alcance de las mismas. Así, la jurisprudencia de nuestro tribunal supremo ha reiterado que para dicha prueba las partes podrán servirse de todos los medios a su alcance como por ejemplo declaraciones de testigos, confesiones, etc.

Ejemplo de costumbre: consejo de hombres buenos de Murcia, tribunal de aguas de Valencia.

Una vez explicado y desarrollado el concepto de **costumbre** tenemos que hacer referencia a la **costumbre constitucional**.

La doctrina considera que nos hallamos ante una costumbre constitucional cuando se dan dos elementos:

1. Por una lado, es precisa la repetición constante y uniforme de un acto.

2. Por otro, se requiere que esta actuación repetitiva se encuentre inspirada en una **convicción de obligatoriedad**.

Una de las características relevante de la costumbre constitucional es el hecho de que la costumbre constitucional deriva o proviene del comportamiento de los poderes públicos. Siendo estos poderes públicos los operadores jurídico-constitucionales habituales.

Respecto a los tipos de costumbre constitucional que existen son admisibles las costumbres **Secundum Constitutionem** (costumbres interpretativas) y las **Praeter Constitutionem**, cuya función es supletoria del texto constitucional ya que intervienen únicamente para completar aquellas posibles lagunas existentes bien por falta de norma como tal o bien por la inadecuación normativa (no hay una norma adecuada para el caso).

2. La jurisprudencia como fuente del derecho

Cuando hablamos de jurisprudencia podemos hacerlo en un sentido amplio o en un sentido más concreto.

En sentido amplio el término **jurisprudencia** fue acuñado por el Derecho Romano y se entendía por jurisprudencia la *prudentia iuris* que en el derecho romano se define como noticia de las cosas divinas y humanas; y como la ciencia de lo justo y lo injusto.

Aparte en un sentido más concreto se entiende por jurisprudencia el conjunto de criterios de interpretación y aplicación de las normas, costumbres y principios generales del derecho establecidos por los tribunales de Justicia (incluido el Tribunal Constitucional, ya que se vincula a los Jueces y Tribunales de todo el Estado).

También se denomina jurisprudencia al modo habitual o reiterado de decidir una cuestión.

Así el *art. 1.6 del Código Civil* establece lo siguiente: “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el tribunal supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

Podemos diferenciar cuatro sentidos respecto al término **jurisprudencia**, así:

1. El conjunto de sentencias de **los Tribunales**.
2. El conjunto de sentencias del **Tribunal Supremo**.
3. El modo habitual o reiterado de decidir una cuestión por parte de los tribunales en sus sentencias.
4. El modo habitual o reiterado de decidir una cuestión por parte del Tribunal Supremo en sus sentencias.

Para poder resumir las ideas desprendidas del párrafo 6 del art. 1 del Código Civil se pueden establecer las siguientes proposiciones:

1. La **jurisprudencia no es fuente del derecho**, porque no se encuentra dentro de la enumeración de fuentes que se realiza en el *art. 1.1* del Código Civil.
2. La **jurisprudencia** se aproxima a las fuentes del derecho ya que se la menciona en el mismo artículo y capítulo que se refiere a ellas. La función que se le atribuye a la jurisprudencia es la de ser el complemento del ordenamiento jurídico. Esta forma de complementar al ordenamiento jurídica la realiza a través de la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes.

Para que la jurisprudencia pueda desempeñar la función complementaria es necesario que posea los siguientes requisitos:

1. Que exista **estabilidad de los criterios** (sus criterios sean utilizados de forma repetida).
2. Que los criterios o doctrinas sean utilizados como la **razón básica** para adoptar la decisión.
3. Debe existir **coincidencia** entre los casos concretos decididos por las sentencias y aquel otro al que se le requiere aplicar la doctrina jurisprudencial, es decir, lo que se denomina identidad sustancial.

La existencia de una jurisprudencia constitucional plantea una serie de cuestiones a las que es preciso hacer referencia, en primer lugar hay que señalar que cuando nuestro Código Civil se refiere a la jurisprudencia se está refiriendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual está obligado a elaborar una doctrina sobre interpretación y aplicación del derecho que se impone a todos los jueces y tribunales y que por lo tanto condiciona sus condiciones posteriores.

Ahora bien la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) en su *art. 40.2* parece atribuir un papel relevante a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la jurisprudencia de los tribunales ordinarios.

Así, hay que hacer referencia a la jurisprudencia y al Tribunal Constitucional. El título IX de La Constitución Española de 1978 contiene los preceptos relativos al tribunal constitucional. El *art. 1* de la LOTIC configura al Tribunal Constitucional como “interprete supremo de La Constitución y sometido solo a La Constitución y a la presente Ley Orgánica, único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional”.

Y que el *art. 5.1* de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) establece que: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los principios y preceptos constitucionales, conforme la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el tribunal constitucional en todo tipo de procesos”, por lo tanto vincula a los Jueces y Tribunales a interpretar y aplicar la ley y los reglamentos de acuerdo con los preceptos constitucionales interpretados por el Tribunal Constitucional.

En cuanto a la eficacia de la Jurisprudencia Constitucional, hay que señalar que no se puede afirmar que sea meramente interpretativa.

Tema 7. Valores y nuevos principios constitucionales

1. Valores superiores del ordenamiento jurídico

Los valores superiores del ordenamiento jurídico vienen recogidos o establecidos (constitucionalizados) en el *art. 1.1* de La Constitución Española que establece: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la **libertad**, la **justicia**, la **igualdad** y el **pluralismo político**”.*

Estos valores son la guía para el legislador en su labor de desarrollo del ordenamiento jurídico, es decir, en su labor de crear leyes, y para los jueces a la hora de interpretar y aplicar el Derecho.

Estos valores poseen un gran margen de actuación, tanto para el legislador como para el juez ya que se trata de conceptos abiertos y por lo tanto pueden tener diversas lecturas. El Tribunal Constitucional ha establecido como regla general que los valores superiores del Ordenamiento Jurídico así como los principios constitucionales pueden bastar para llevar a cabo recursos o plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

No todos los valores tienen el mismo grado de operatividad jurídica. El legislador, como representante popular, dispone de un ancho margen de interpretación de como ha de traducir el valor de la justicia a una ley ordinaria y no es fácil que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional una ley simplemente porque a juicio de sus magistrados dicha ley no respeta el valor superior de la Justicia.

Así, pasamos a desarrollar el significado y desarrollo de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico de nuestra Carta Magna:

1. La Libertad:

Es un concepto muy amplio al que se le ha dado numerosas interpretaciones por parte de diferentes filosofías y escuelas de pensamiento.

Se suele considerar a la **libertad** como la facultad del ser humano que le permite decidir llevar a cabo o no una determinada acción según su voluntad o inteligencia.

La Constitución al proclamar el valor superior de libertad, consagra el reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le puedan presentar, de acuerdo con sus intereses, preferencias o condiciones. Así el Tribunal Constitucional ha manifestado que la libertad significa que a un ciudadano le está permitido todo aquello que no este prohibido.

Históricamente y de forma especial desde las revoluciones burguesas del s. XVIII y s. XIX el concepto de libertad está muy unido al de justicia y al de igualdad.

Lo que permite al hombre decidir si quiere hacer algo o no, lo hace libre pero a su vez responsable de sus acciones. De no ser así la libertad se convierte en **libertinaje** ya que la libertad implica una clara opción por el bien.

Mientras que la protección de la **libertad interpersonal** puede ser objeto de una investigación social y política, el fundamento metafísico de la **libertad interior** es más una cuestión psicológica y filosófica. Ambas formas de libertad se unen en cada individuo en una dinámica de compromiso y de lucha por el poder; las sociedades que luchan por el poder en definición de los valores de los individuos y de la persona que lucha por la aceptación social y el establecimiento de valores de la propia en el mismo.

2. Justicia

La Justicia es la concepción que cada época y civilización tienen acerca del **bien común**, es decir, es un conjunto de reglas y de normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre las personas y las instituciones, autorizando, permitiendo o prohibiendo

acciones específicas en la interacción entre individuos e instituciones.

Este conjunto de reglas tiene un fundamento cultural y en la mayoría de las sociedades modernas tiene un fundamento formal:

1. **Fundamento cultural:** se basa en un consenso amplio de los individuos de una sociedad sobre lo bueno y lo malo, y otros aspectos prácticos de cómo deben organizarse las relaciones entre personas. Se supone que en toda sociedad humana la mayoría de sus miembros tienen una concepción de lo **justo** y se considera una virtud social el actuar de acuerdo con esa concepción.
2. **Fundamento formal:** es el codificado en varias disposiciones formalmente y de forma escrita, esas disposiciones son aplicadas por jueces y por las personas específicamente designadas, que tratan de ser imparciales con respecto a los miembros de la sociedad y los posibles conflictos que puedan aparecer en sus relaciones.

Existen una multitud de teorías acerca de la Justicia. Entre las muchas que existen, destacamos las de los siguientes filósofos:

1. **Platón:** ve la Justicia como armonía social. En su obra "*La república*", a través de su diálogo con Sócrates, Platón propone para la organización de su ciudad ideal que los gobernantes de esa ciudad se transformen en los individuos más justos y sabios, es decir, en **filósofos**. O bien, que estos (los filósofos) se transformen en sus gobernantes.
2. **Aristóteles:** la Justicia como igualdad proporcional, es decir, dar a cada uno lo que es suyo. Aristóteles dice que lo que le corresponde a su individuo tiene que estar en proporción con su rango social y méritos personales.
3. **Santo Tomás de Aquino:** habla de la "Ley Natural", dice que los ciudadanos han de tener los derechos naturales, los que les da Dios. Estos derechos más tarde serán los denominados **derechos humanos**.
4. Para los **utilitaristas:** las instituciones públicas se componen de una forma justa cuando consiguen maximizar su utilidad, es decir, lo justo es lo que beneficia al mayor número de personas a la vez.
5. **Ulpiano:** la Justicia es la constante y perpetua voluntad de darle a cada uno lo que le corresponde.

3. Igualdad

La consideración de la igualdad como valor superior del Ordenamiento Jurídico junto con el valor de la libertad es significativa. Nuestra constitución cree que ambos valores lejos de ser opuestos son complementarios y deben ser entendidos de forma conjunta.

Al igual que la libertad, la igualdad es una **manifestación de la dignidad humana**. El Estado debe permitir el ejercicio de sus derechos y libertades por los ciudadanos pero vigilando que no se generen explotaciones de los más débiles ni que se potencien las desigualdades que puedan existir en la población. Y ello por imperativo de nuestra Constitución, que encomienda a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas.

El objetivo de la igualdad no puede ser perseguido en perjuicio de la libertad ya que la igualdad sin libertad es una fórmula de convivencia incompatible con el Estado social y democrático de Derecho.

El principio de Igualdad ante la ley es el que establece que todos los hombres y mujeres somos iguales ante la ley, sin que existan privilegios de sangre o títulos nobiliarios, así el principio de igualdad es **esencial en una democracia** y por lo tanto es incompatible con sistemas legales de dominación (esclavitud o el colonialismo).

Tenemos que diferenciar el principio de igualdad ante la ley de otros conceptos, derechos y principios emparentados, como son la igualdad de oportunidades y la igualdad social.

4. Pluralismo político

Este valor es de entre todos los valores superiores el de más reciente incorporación al texto constitucional. Diferentes autores han manifestado, tan pronto como se aprobó La Constitución, que el pluralismo político no es un valor de alcance tan general como los anteriores y que es: una faceta de la libertad o bien un instrumento para alcanzar la libertad

política. Sin embargo su constitucionalización es un hecho que se explica en la firme resolución de los constituyentes por poner punto y final a la sociedad y al régimen político anterior a La Constitución.

Para llevarlos a cabo se incluyen una serie de ideas rectoras:

- La **conquista del Estado por el Derecho**: afirma la libertad del individuo frente al poder del estado.
- La **soberanía popular**: en una sociedad plural se exige el pluralismo político.
- La **responsabilidad del Estado** en el bienestar de sus ciudadanos: implica la intervención social del Estado y velar por la igualdad de oportunidades.
- Diferentes **principios éticos**: la Justicia, la Seguridad y la Legitimidad.

Este valor superior del ordenamiento jurídico ofrece a los grupos representativos sociales (colegios de abogados etc) y a los partidos políticos una serie de propiedades o de características como son: la **Libertad**, la **protección**, o la **representación de intereses comunes**.

2. Los nuevos principios constitucionales

A. Principios de actuación de la Administración pública (art. 103 CE)

En este artículo se recogen los principios que deben presidir la actuación de la administración pública:

1. **Principio de eficacia**: para poder afirmar que la administración sea eficaz tienen que darse cuatro condiciones mínimas:
 1. Que los funcionarios sean realmente competentes, para lo cual es imprescindible un **sistema objetivo de selección** que lo garantice (oposiciones).
 2. Que el **sistema normativo** por el que se rija la Administración sea lo más racional y sencillo posible.
 3. Que exista una **productividad** parecida a la que se da en la empresa privada.
 4. Que las tres condiciones anteriores comporten la máxima rapidez de las actuaciones administrativas.
2. **Principio de jerarquía**: cuyos criterios de consideración de la ley se pueden resumir de la siguiente forma:
 - a. Distribución de distintas tareas según los distintos escalones jerárquicos.
 - b. Existencia de una doble corriente de información que consiste por una lado en la información que suministran los órganos inferiores a los superiores y por otro lado las instrucciones y criterios de actuación que proporcionan los superiores a sus subordinados.
3. **Principio de descentralización**: traspaso de funciones de un ente administrativo superior a otros entes administrativos inferiores, siempre que se produzca una transferencia efectiva de los poderes decisorios ejercidos en nombre propio por la entidad a cuyo pago se hace dicho traspaso.

Significa el reconocimiento de varios centros de poder y conlleva la cesión de atribuciones de la administración estatal a otras que poseen personalidad propia y que por lo tanto actúan con autonomía. Dado que el ámbito territorial sobre el que ejercen su gestión es más reducido que el del Estado se halla más próximas a los que gobiernan por lo que se considera que pueden conocer mejor los problemas y es más fácil exigirles responsabilidades. En cualquier caso la filosofía de este concepto consiste en acercar los centros de decisión a los ciudadanos afectados
4. **Principio de desconcentración**: este principio se diferencia del principio de descentralización porque el traspaso del ejercicio de competencias se realiza dentro de los órganos de una misma entidad. El órgano desconcentra funciones en otro órgano inferior pero sigue manteniendo una unidad orgánica, la idea de este principio es la de descargar de trabajo a los órganos centrales pero ese desplazamiento de funciones no supone que las autoridades centrales se desprendan de un modo definitivo de aquellas competencias o

funciones que han sido traspasadas, ya que llegado el momento puede revocarlas y recuperarlas.

5. **Principio de coordinación:** este principio es una exigencia de la división orgánica de la Administración ya que para conseguir un funcionamiento eficaz es necesario coordinar a los diferentes Departamentos Ministeriales o los diversos órganos o entes que lo integran. Tenemos que entender este principio como que ningún órgano de la Administración puede desconocer u oponerse a lo decidido por otro órgano de la misma Administración. La coordinación de los distintos Departamentos Ministeriales en el nivel superior la lleva a cabo el Presidente del Gobierno, así como las Comisiones Delegadas del Gobierno.

B. Principios de actuación de la Administración de Justicia (*art. 117 CE*)

Los principios contenidos en este art. 117 son:

1. **Principio de exclusividad:** la potestad jurisdiccional (poder para juzgar) solo puede ser ejercida por los órganos que pertenecen al Poder judicial. Existe una reserva de potestad jurisdiccional a los órganos del Poder Judicial del Estado. Es decir, la función de juzgar dentro de un Estado de Derecho corresponde única y exclusivamente a los jueces y magistrados. Es decir, a los Tribunales de Justicia. Ni el poder ejecutivo, ni el poder legislativo debe poseer ningún tipo de jurisdicción especial al margen del Poder Judicial. La especial excepción que conoce este principio en nuestro Estado de Derecho es la que constituye el poder corrector que se encuentra en manos del Tribunal Constitucional. Que también ejerce auténtica jurisdicción separada de la del poder judicial y que se distingue de la misma por los parámetros que utiliza en sus juicios. El *art. 117.4* de la CE establece: “los Juzgados y los Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”. Lo que viene a establecer este artículo es que se pretende evitar la intromisión del Poder Judicial en la actuación de los otros poderes ya que eso significaría la quiebra del Principio de división de poderes.
2. **Principio de unidad:** el *art. 117.5* de La Constitución Española establece: “el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de Estado de sitio, de acuerdo con los principios de La Constitución”. Este principio quiere decir que sin unidad no hay poder judicial, es decir, el principio de división de poderes la exige al igual que exige la unidad del poder legislativo para que solo puedan hacer leyes los órganos que conforman el poder legislativo; o la unidad del poder ejecutivo que obliga a que no haya órganos fuera de los que pertenezcan al poder ejecutivo. Por lo tanto, la expresión de la unidad de la potestad jurisdiccional y, aunque existan tribunales especializados, se prohíbe la existencia de jurisdicciones especiales a excepción de aquellas que estén expresamente admitidas en La Constitución, como figura en el *art. 117.5*. Además, también hay que tener en cuenta que la jurisdicción se basa en la unidad territorial, es decir, la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español en la forma establecida en La Constitución y en las leyes. Por último, el principio de unidad está vinculado a los **principios de exclusividad y de independencia** de los jueces y magistrados, que formaran un Cuerpo único, independiente, inamovible, responsable y sometido al imperio de la ley.

BLOQUE III. IGUALDAD.

8. Introducción a la Igualdad. Contenido y ámbito material.

1. Evolución histórica.

La evolución de este principio, mediante la supresión de discriminaciones tradicionales por razones naturales (raza, sexo, etc.) ha sido lento pero constante, y ha dado paso a una conquista, la **igualdad real y efectiva**, donde es posible compatibilizar la igualdad formal con acciones positivas y medidas de igualdad material para superar las desigualdades originarias naturales o culturales. En este proceso se ha puesto en primer plano de la lucha por la igualdad la aplicación de la igualdad real y efectiva en un ámbito concreto: el **género**, aunque esta igualdad va más allá de la sola discriminación por razón de género.

La igualdad, reconocida por el supuesto de los Derechos del Hombre, tiene sus orígenes en la *proclamación francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de 1789, sin negar cierta influencia de las declaraciones americanas. La primera formulación de la igualdad como principio jurídico formal se encuentra en el art. 6 de la citada declaración, al establecer que la ley debe ser la misma para todos.

La Declaración de Independencia de los EEUU de 1776, aun siendo anterior, en ella ya viene regulada la igualdad, declarando **“todos los hombres son creados iguales”**. A lo largo de la historia se ha ido produciendo una gran evolución del concepto de igualdad. Con el paso del tiempo, se ha ampliado su significado incluyendo en diversos momentos históricos aquellas personas o grupos sociales que, por motivos de raza, sexo o religión, estaban excluidos.

La igualdad ha sido reconocida en todos los textos internacionales como un **auténtico derecho**. En ellos se hace mención a la igualdad desde diferentes aspectos y distintas posiciones, lo que ha dado lugar a una gran evolución, que ha permitido la ampliación de su significado hasta su reconocimiento como un auténtico derecho humano, con una dimensión universal. Todas las personas son titulares de los mismos derechos humanos, sin que quepa discriminación injusta por motivos de raza, sexo, opinión política o religión. La referencia a las declaraciones internacionales de derechos se justifica no solo por la influencia de las mismas en el reconocimiento de los derechos fundamentales en los Estados, sino también porque incluso algunas Constituciones exigen que la interpretación de los Derechos fundamentales se realice conforme a las declaraciones internacionales. La **Declaración Universal de los Derechos Humanos** de 1948 (DUDH) se inicia con la proclamación en su art. 1 del principio de igualdad y no discriminación, entre otros motivos por razones de sexo, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 2.

Por su parte, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de 1966 reconoce expresamente el principio de igualdad de mujeres y hombres (art. 3). Así mismo se han establecido mecanismos de control y garantía para que los Estados presenten informes periódicos al Comité de Derechos Humanos, en el cual se deben incluir las medidas adoptadas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce igualmente en varios de sus textos la igualdad, en unos casos se reconoce la igualdad y no discriminación por motivos de edad. En otros casos se reconoce la igualdad y discriminación por motivos de razón o sexo. La configuración del sistema constitucional español con la institucionalización del estado social y democrático de derecho hace de la igualdad y su desarrollo uno de los pilares básicos de la actividad política.

La referencia a la igualdad en La Constitución Española aparece regulada en tres momentos diferentes:

- A. Valor superior del ordenamiento jurídico (*art. 1.1 Constitución Española*).
- B. La igualdad material, real y efectiva (*art. 9.2*).
- C. Derecho fundamental a la igualdad: reconocimiento de la igualdad formal (*art. 14*).

2. La igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico

La Constitución Española describe al Estado Español como un estado social y democrático de Derecho. Que propugna como Valores Superiores del Ordenamiento Jurídico la **libertad**, la **igualdad**, la **justicia** y el **pluralismo político** (*art. 1.1 Constitución Española*). La igualdad aparece así configurada como valor superior del ordenamiento jurídico. Los valores superiores son criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines, es por ello que tienen una función orientadora. En consecuencia, como ha declarado el Tribunal Constitucional invocando el art. 1.1 de La Constitución Española, “la igualdad se proyecta con una eficacia transcendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional, deviene incompatible con el orden de valores que La Constitución, como norma suprema, proclama. Este presupuesto se refiere a que todos estos principios que recoge La Constitución como valores superiores del Ordenamiento Jurídico tendrán una aplicación transversal, es decir, estarán presentes en toda la Legislación, en todo el Ordenamiento Jurídico, por lo que como señala la sentencia toda aquella desigualdad que sea contraria a lo establecido en La Constitución será incompatible con los valores que La Constitución proclama.

3. La igualdad como principio general del derecho

El *art. 9.1 de La Constitución Española* señala “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a La Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico” y el *art. 9.3* dice que “La Constitución garantiza el principio de legalidad”. En el primer sentido, insistiendo en que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado, en un segundo sentido, al prescribir que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

4. La igualdad formal

La igualdad formal se encuentra reconocida en el *art. 14 de La Constitución Española* y viene expresado en los siguientes términos: “los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En este artículo se mencionan una serie de discriminaciones entre las que vamos a destacar: la discriminación por motivo de sexo, que como se evidenciaba en las Declaraciones precedentes solo se hace referencia a los hombres, no pareciendo que estuvieran incluidas las mujeres. La mujer, a lo largo de la historia ha sufrido una de las mayores discriminaciones, pues no se le han reconocido, al contrario que a los hombres, los derechos de los ciudadanos ya que no se la consideraba ciudadana. La existencia de todas estas discriminaciones respecto a la mujer ha producido la creación de numerosas normas directivas y acciones llevadas a cabo para la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres.

5. La igualdad real y efectiva.

Las acciones positivas, la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles define las acciones positivas como “cualquier medida más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro”. Por lo tanto, lo que pretende es acabar con toda discriminación existente favoreciendo a todo aquel que se hubiera encontrado en una situación de desventaja. También es importante destacar en el ámbito del Ordenamiento

Jurídico Internacional, que las acciones positivas encuentran su fundamentación en la convención del 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en la forma definida en la presente convención. Pero en ningún modo entrañara, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas, estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato.

Las acciones positivas, como define la Ley Orgánica de Igualdad en su *art. 11* tienen como finalidad hacer efectivo el Derecho Constitucional de la igualdad, por ello los poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar ese tipo de medidas en los términos establecidos en la ley. Estas medidas específicas en favor de las mujeres adoptadas por los poderes públicos, podrían, aparentemente, considerarse inconstitucionales ya que dan un trato de favor a las mujeres. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria, considerando todas aquellas situaciones que ha vivido la mujer a lo largo de la historia en clara inferioridad respecto del hombre, ha podido constatar, que estas acciones positivas no son contrarias al principio de igualdad. Sino que son medidas adoptadas para corregir situaciones de clara discriminación.

Las acciones positivas son aquellas acciones tendentes a favorecer a aquellas personas que se encuentran en situaciones de inferioridad y que erradican las desigualdades existentes, teniendo un carácter transitorio. Las medidas de igualdad material son aquellas que tienen que llevar a cabo actuaciones vinculadas a la discriminación favorable y acabar con la inferioridad existente.

En relación con las acciones positivas que se produjeron con motivo de estos cambios, es importante señalar que solo se recoge este tipo de discriminación en La Constitución Española en su *art. 9.2*, así como en La Constitución de Brasil y en La Constitución de México, ambas con motivo de las medidas que se adoptan en relación con la situación de la mujer por baja maternal.

Tema 9. El principio de igualdad como límite a los poderes públicos

1. Criterios de aplicación de la igualdad: razonabilidad y proporcionalidad

La igualdad material, real y efectiva parece permitir la justificación de desigualdades formales para conseguir la igualdad real, pues de acuerdo con el *art. 9.2 de La Constitución Española*: *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

La igualdad material o real se convierte en una característica básica del Estado social de Derecho en el que quien ejerce el poder tiene que tener en cuenta la posición real de la ciudadanía para actuar en consecuencia y conseguir una equiparación efectiva de la misma. La igualdad ante la ley implica que ante supuestos de hecho iguales las consecuencias jurídicas serán similares, como establece el Tribunal Constitucional.

El juicio de razonabilidad será el elemento que actúe para apreciar la violación del principio de igualdad y apoyará la actuación de los poderes públicos de tal modo que en última instancia la apreciación objetiva y razonable de la situación social desigual justificará la puesta en marcha de las acciones positivas. El Tribunal Constitucional ha defendido la necesidad de hacer una interpretación dinámica y abierta de la igualdad formal del artículo 14. Con el fin de hacerla compatible con la igualdad real y efectiva a la que se refiere el artículo 9.2 de La Constitución Española lo que le ha llevado entre otras cosas a admitir la validez constitucional de las medidas de acción positivas.

2. El principio de igualdad como límite a los poderes públicos

El *artículo 9.2 de La Constitución Española* encomienda a los poderes públicos una importante actividad para mantener en orden el principio de igualdad consagrado en el *artículo 14 de La Constitución*, pues aquel precepto constitucional no se limita a exigir a los poderes públicos una acción defensiva del Principio de Igualdad, sino que les atribuye una actuación real y efectiva para asegurar esa igualdad.

Los objetivos de igualdad se encuentran presentes en la mayoría de las normas y en la mayoría de las políticas públicas, sobre todo y de manera preferente en el campo de la igualdad de hombres y mujeres. De hecho, es un objetivo al que prestan una especial atención algunos de los nuevos estatutos de autonomía que han sido recientemente aprobados, además de manifestarse en mucha legislación autonómica.

El principal problema con el que se encontraban era que existe un espacio biológico que se debe adaptar, para que la mujer pueda conciliar tanto el ámbito familiar como el laboral, sin que por ello exista una situación de discriminación. Las acciones positivas han sido unos medios muy criticados como medidas para acabar con situaciones de discriminación, pero lo más importante es aclarar y destacar el carácter temporal de las mismas que permite que una vez que se acabe con dicha discriminación se deben dejar de aplicar las acciones positivas.

Por su parte, el principio de Igualdad ante la Ley hace referencia a la eficacia de la norma, lo que impone, como dice la sentencia de *14 de Julio de 1982*, que un mismo órgano no pueda

modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficientemente razonable. Ahora bien, puede darse el caso de que la aplicación de la ley afecte a una pluralidad de órganos. En este supuesto, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos de rango superior. Esto es así porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene que conectarse necesariamente con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la ley cuando estos son órganos jurisdiccionales.

En resumen, los requisitos exigidos por el tribunal para aplicar dicha lesión son los siguientes:

- A. La **acreditación de un término de comparación** ya que el juicio de igualdad solo puede realizarse sobre la comparación entre la sentencia impugnada y las precedentes del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, se halla resuelto de forma contradictoria.
- B. La **existencia de alteración** en los supuestos que se comparan.
- C. **Identidad del órgano judicial**, no solo la Sala, sino también la sección.
- D. La ausencia de toda motivación que justifique el cambio de criterio.

3. El desarrollo normativo del principio de Igualdad

Es importante destacar algunos términos relativos a la discriminación por razón de sexo como recoge la ley orgánica 3/2007 de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en su art. 6 entre los que podemos encontrar:

- La **discriminación directa**, es aquella situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en una situación comparable. Como por ejemplo, la retribución económica, es decir, que por un trabajo igual se vea discriminada económicamente la mujer por el simple hecho de ser mujer.
- La **discriminación indirecta**: se consideran discriminaciones indirectas por razones de sexo a aquellas situaciones en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, sitúan a personas de un sexo en desventaja particular respecto a personas de otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. Para llevar a cabo una construcción jurídica del género es necesario hablar de la transversalidad de género, como el mecanismo político imprescindible para conseguir que en toda decisión política que se tome se incluya la igualdad y se pueda enfocar desde una perspectiva de género. Para ello será necesario poner en práctica otra serie de medidas que en tal sentido presentan un carácter instrumental respecto a aquella. Como por ejemplo: el empoderamiento. Entendiendo el empoderamiento como la necesidad de que las mujeres incrementen su poder político mediante la reafirmación y potenciación del liderazgo en y de las mujeres. Pero también mediante las acciones positivas definidas en la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, como las “medidas específicas en favor de las mujeres que adoptarán los Poderes Públicos, para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”.