

ANDRÉS OLLERO

Derechos humanos
Entre la moral y el derecho



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**DERECHOS HUMANOS
ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO**

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 372

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero

Edición: Gabriel Becerra B.

Formación en computadora: Sara Castillo Salinas

ANDRÉS OLLERO

DERECHOS HUMANOS
ENTRE LA MORAL
Y EL DERECHO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2007

Primera edición: 2007

DR © 2007, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-3928-5

CONTENIDO

Presentación	XI
Javier SALDAÑA	

DERECHO Y DEMOCRACIA

Capítulo primero	
TOMARSE LA DEMOCRACIA EN SERIO	3
I. La legitimación del poder político	3
II. Un diagnóstico que lleva a la perplejidad	4
III. Y sin embargo funciona...	5
IV. Una ambiciosa “novedad”	8
Capítulo segundo	
LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE EL TÓPICO Y LA UTOPIA	11
I. Tópicos al servicio de una utopía clandestina	13
II. A la búsqueda de un fundamento: entre escepticismo y razón problemática	16
III. La <i>inventio</i> tópica como invitación a recuperar la utopía	19
IV. Debate antropológico tras el presunto consenso sobre los derechos humanos.	22
V. Cómo poner a salvo de los tópicos a la utopía	26
Capítulo tercero	
DERECHO Y MORAL ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO. UN DIÁLOGO CON EL LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS.	29

Capítulo cuarto

¿QUÉ PODRÍA SIGNIFICAR HOY “USO ALTERNATIVO DEL DERECHO”?	57
I. La función creativa del juez	57
II. Matar al mensajero en aras de una seguridad ficticia	58
III. Los jueces pierden el juicio	58
IV. Regreso a la jurisprudencia.	59
V. Una estrategia de “politización” judicial.	59
VI. El pragmatismo descreído	60
VII. La legitimación pendiente	61

Capítulo quinto

EL DERECHO A LO TORCIDO	63
I. Los principios fundamentales del “buenismo” jurídico	64
II. El doble lenguaje del “buenismo” en la teoría jurídica	68
III. “Buenismo”: algo más que una estrategia política oportunista	70
IV. El derecho a lo recto como alternativa al “buenismo jurídico”.	71

Capítulo sexto

DEONTOLOGÍA JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS	73
I. Deontología jurídica y moral personal.	76
II. Deontología jurídica y moral social	77
III. Deontología y moral positiva.	82
IV. Deontología jurídica y derecho.	88

LOS DERECHOS COMO CENTRO
DE LA REALIDAD JURÍDICA

Capítulo séptimo

RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD	95
I. La igualdad entre los “valores superiores”.	95

II. No discriminación e igualdad ante la ley	98
III. Igualdad en la aplicación de la ley	102
IV. La dimensión activa de la igualdad	106
V. Omnipresencia de la igualdad en nuestra Constitución . . .	109
Capítulo octavo	
ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. ALGO MÁS QUE RETÓRICA	111
I. La “realidad social” como clave interpretativa	117
II. Un concepto dinámico de razonabilidad	119
III. Jueces sometidos al imperio de la Constitución	123
Capítulo noveno	
LA PONDERACIÓN DELIMITADORA DE LOS DERECHOS HUMANOS: LIBERTAD INFORMATIVA E INTIMIDAD PERSONAL	127
Capítulo décimo	
LOS LLAMADOS DERECHOS “MORALES” DEL AUTOR EN LOS DEBATES PARLAMENTARIOS	143
I. Un marco constitucional discutido	145
II. De la propiedad intelectual a los derechos del autor.	151
III. Unos insólitos “derechos morales”.	154
IV. El diseño jurídico de la creación artística	156
V. Unos derechos muy personales.	159
VI. La comunicación como criterio interpretativo prioritario . .	163
VII. El discutido alcance de la “comunicación pública”	172
VIII. Derechos del autor y derecho al acceso a la cultura	173
IX. Los derechos del autor en el ámbito europeo y su incidencia en la reciente actividad parlamentaria	174

EL PROTAGONISMO DEL JUEZ

Capítulo decimoprimer

JUZGAR O DECIDIR: EL SENTIDO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL . . .	179
I. Entre oportunismo y frustración	179
II. La actividad jurídica como cobertura formal de una decisión	181
III. El dilema positivista: conocimiento o decisión	184
IV. De la cosa juzgada a la cosa querida	188
V. Un golpe de Estado cotidiano	191
VI. El juez decide qué dice la ley.	194
VII. ¿Qué norma lleva a los jueces a convertir una decisión en norma?	198

Capítulo decimosegundo

EL PAPEL DE LA PERSONALIDAD DEL JUEZ EN LA DETERMINA- CIÓN DEL DERECHO. DERECHO, HISTORICIDAD Y LENGUAJE EN ARTHUR KAUFMANN	201
I. Juez e historicidad del derecho.	202
II. El juez contribuye a decir un derecho que es lenguaje . . .	210
III. Un juez descargado de riesgos: tolerancia y “espacio libre de derecho”.	225

Capítulo decimotercero

CONTROL CONSTITUCIONAL, DESARROLLO LEGISLATIVO Y DIMEN- SIÓN JUDICIAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. .	239
I. Exigencias ineludibles sin fundamento conocido	239
II. Dimensión ética del control de constitucionalidad	242
III. La ruptura de la inmanencia legalista	247
IV. Fronteras actuales de la lucha por los derechos humanos . .	251

REPENSAR LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Capítulo decimocuarto

LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO. PARADOJAS TEÓRICAS DE UNA RUTINA PRÁCTICA	255
I. Las paradojas de un derecho sin moral.	257
II. La paradójica seguridad de lo incierto	259
III. Ser y deber. Una invencible afinidad.	261
IV. Derecho positivo y legalidad histórica	265
V. Labor judicial. Método técnico o discrecionalidad política .	269
VI. Normativismo positivista y principios jurídicos	273
VII. Entre voluntarismo arbitrario y prudencia razonable	279
VIII. Ningún derecho natural sin democracia, ninguna democracia sin derecho natural	285

Capítulo decimoquinto

LA ETERNA POLÉMICA DEL DERECHO NATURAL. BASES PARA UNA SUPERACIÓN	293
---	-----

Capítulo decimosexto

DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL, TODAVÍA....	313
I. Diplopía jurídica	313
II. Iusnaturalismo inclusivo	315
III. Leyes <i>contra natura</i>	318
IV. Precaución, falacia...	321
V. Críticas a un legalismo compartido	326
VI. No cognitivismo ético y derecho	330
VII. ¿Constitucionalismo iusnaturalista?	332

VIII. Derechos fundamentales con fundamento	335
IX. Rehabilitación de la filosofía práctica	336
X. Jaque al normativismo	338
XI. ¿Porosidad entre derecho y moral?.	341
XII. De la huida de lo “fuerte” a la duda demiúrgica	344
XIII. Lo procedimental como falsa alternativa.	347

Derechos humanos. Entre la moral y el derecho, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 10 de enero de 2007 en J. L. Servicios Gráficos, S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1000 ejemplares.