

INVESTIGACION EN TORNO A LA NATURALEZA DE LA REFLEXION FILOSOFICA SOBRE EL DERECHO

LECCIÓN 1.

LA COMPLEJIDAD DE LA DEFINICIÓN DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Esta primera Lección, dice el Sr. Decano que va a consistir en demostrar una obviedad en cuanto a la definición de Filosofía del Derecho, porque no hay acuerdo doctrinal acerca del contenido material de esta asignatura.

Esta primera Lección se compone de tres preguntas o epígrafes que tratan de explicar tres de las razones por las que no hay acuerdo entre la doctrina.

1ª razón. (Y 1ª pregunta) Equivocidad en los términos Fª y D.

No hay ningún otro campo del conocimiento donde se haya creado tanta literatura dedicada a ver que es lo que la Filosofía es y que es el Derecho.

Controversia que se remonta a los orígenes del estudio, tanto de la Fª, como del D.

2ª razón (Y 2ª pregunta). La disputa sobre la denominación Filosofía del Derecho

Definir Fª del D atendiendo a los programas, cursos, tratados, monografías, etc..., de Filosofía del Derecho. El rótulo académico 'Fª del D' está cargado de equivocidad, porque ha cambiado a lo largo del tiempo. Ni siquiera se ponen de acuerdo entre los profesores de una misma facultad. Esto es la libertad de cátedra de la cual se abusa.

3ª razón (y 3ª pregunta) es la condición problemática de la Filosofía del Derecho

Una característica de la Filosofía como forma de estudio, como disciplina, es que es problemática desde sus orígenes (Grecia).Pone en cuestión la apropiación Fª.

Resumen o Balance (Y 4ª pregunta en el programa). Se trata de explicar qué sucede cuando un mismo objeto material es analizado por formas de conocimiento diferentes.

El D es un objeto material del que se ocupan saberes muy diversos.

También hay que preguntarse que es lo que diferencia a cada disciplina cuyo objeto es común.

PRIMERA PREGUNTA (o razón): Equivocidad de los términos. ¿En que medida son equívocos tanto el término 'derecho' como el término 'filosofía'?

1. La controversia acerca del concepto de Filosofía.

¿Hasta que punto las definiciones Filosofía son variadas? La nota común es el hecho de que la Filosofía es el primer problema de la Filosofía, es decir, su definición.

Desde los orígenes de la reflexión filosófica, cuando se acuña el término **filosofía**, no hay acuerdo sobre qué sea. Ni siquiera en los orígenes había acuerdo sobre lo que se entendía por filosofar, filósofo, filosofía...

Incluso en aquellos textos en los que se intenta responder a esta cuestión, se reconoce la disparidad de criterios que se dan sobre qué es la Filosofía.

Hay tantas opiniones como filósofos.

Lo único común a todas:

que al preguntarse ¿qué es filosofía?, esta interrogante es ya de naturaleza filosófica.

Y es que la Filosofía es la única doctrina académica que hace esfuerzos por cuestionarse qué es la Filosofía.

(M.q. la pregunta "¿qué es física?"...o "¿qué es matemáticas?" no son preguntas físicas o matemáticas. Y es por esto que ni el físico ni el matemático se lo plantean, ya que serían preguntas filosóficas y no entrarían dentro de su ámbito.)

En la Filosofía se preguntan ¿qué es la F^a?. Y ocupa papel central esta pregunta incluso de manera implícita.

Los filósofos se plantean esta pregunta porque saben que tienen que plantearse.

¿Qué es F^a? – No hay una respuesta inmediata.

Hay que explicitar el sentido de la pregunta y esto es una tarea que ha sido laboriosa.

Wittgenstein en *Investigaciones filosóficas* y también otros autores, dedicaron sus obras y actividades filosóficas a establecer este sentido.

Filosofar es reflexionar acerca del lenguaje (Círculo de Berlín, Viena, Varsovia...)

La pregunta de qué es la Filosofía ha llevado a una nueva disciplina que es **la Metafilosofía**.

La historia de la Filosofía lo que demuestra es que el abanico de respuestas es inmenso, incluso potencialmente infinito, porque en la hipótesis de que alguien conteste que filosofía es a, se puede seguir preguntando ¿y qué es a?.

Dice el **Sr. Iturmendi** que ésta es una de las razones por las cuales los filósofos aparecen como unos 'preguntones'.

Pero los filósofos no pueden renunciar a ello y para el no filósofo es insoportable, y más cuando se da cuenta de que la actividad filosófica no se agota con preguntas complejas y respuestas mas complejas todavía, porque además el filósofo tiene que argumentar y fundamentar esas respuestas, y por ello esas respuestas pueden ser puestas en duda a su vez.

Pero alguna vez hay que parar, a veces muy pronto; y tienen que fundamentar el hecho de detenerse en un punto cosa que hacen por medio de tres estrategias:

- Paramos aquí porque hay un terreno seguro.

Esto, con el tiempo, se ha hecho impopular; se ha comprendido que las fortalezas sólidas no lo son tanto.

- Paramos aquí porque alguna vez hay que poner término, ya que carece de sentido seguir argumentando.

Y es que no hay ningún criterio universalmente reconocido acerca de cuando hay que detenerse con la fundamentación de qué es la Filosofía.

- Paramos aquí porque no se puede continuar y porque hay un terreno inseguro.

Es mas honesta, porque en la argumentación filosófica lo que se trata es de seguir hasta donde se pueda, pero no habrá ningún punto y final que no se pueda ya continuar.

Hay cuatro momentos:

- Precisar las preguntas.
- Explicitar las respuestas.
- Construir las fundamentaciones.
- Sacar las consecuencias.

Son tareas éstas abiertas, completables, revisables y en principio infinitas, pero aún no se ha dado una respuesta satisfactoria y precisa de qué es la filosofía.

Los cuatro momentos son pues: preguntar responder, fundamentar, concluir.

¿Hasta que punto es controvertida la Filosofía? La vertiente doctrinal ha dicho que Filosofía puede ser cualquier cosa, porque no es un nombre propio de una actividad, sino que es el término genérico que se utiliza para nombrar algo que los filósofos llevan haciendo durante más de dos siglos.

Así la Filosofía quedaría definida por los filósofos y no los filósofos por la filosofía.

Análisis terminológico

Si analizamos el propio término Filosofía y su significado etimológico, no presenta ningún problema: es amor al conocimiento, lo que sucede es que los griegos que acuñaron el vocablo distinguieron entre:

- El saber = el conocimiento técnico
- La sabiduría = que era conocimiento técnico y práctica propia del sabio.

Antes de que se cultivara el término Filosofía en lengua griega, se utilizaron los términos de filósofo y filosofar, (en griego). Aparecen en una obra de **Herodoto**. Y también aparecen en la obra fúnebre de **Pericles** a los atenienses: *Los atenienses amamos la filosofía, el conocimiento pero sin debilidad.*

Aparece también en algún fragmento de **Heráclito de Efeso**. Y con frases de contenido contradictorio:

dice, **xj**, que los filósofos conviene que sean conocedores de muchas cosas. Que el filósofo ha de estar abierto al conocimiento.

Pero también dice que el filósofo no ha de `desperdigarse', que no debe ser `diletante'.

Cuando se habla del término filosofía, los tratadistas dicen que el primero que se denominó a sí mismo filósofo fue **Pitágoras**, cuyos textos han llegado hasta nuestros días a través de fuentes indirectas, de escritos de otros autores.

Precisamente hay un texto donde se explica el sentido que da **Pitágoras** al término `filósofo' y que es similar a

la utilización que hicieron de él **Sócrates** o **Platón**.

Tb se utiliza el término filosofar como estudiar técnicamente la realidad, sin buscar una aplicación a ese conocimiento.

Es un saber desinteresado, el saber por el saber, el saber crítico.

Se pensó también que historiadores, físicos, sabios, eran filósofos que se diferenciaban por el objeto o cosa de estudio:

- historiadores = hechos
- físicos = elementos de la materia.

Otra precisión se hizo en la cultura griega con otro fragmento de **Heráclito**, en el que establece el contraste entre:

1.–el saber del sabio o el del que aspira a serlo (que es el que conoce la razón que todo lo rige y ama verdaderamente la sabiduría).

2.–el saber del erudito (con sentido diferente al que ahora tiene el término para nosotros: es el que quería saber para aplicar su conocimiento a la práctica.

2. La controversia acerca del fenómeno jurídico.

Existe un doble orden:

- **Dificultades de orden semántico.**

y...

2.2 Dificultades de orden ideológico

De las de orden semántico hay tres tipos:

2.1.1. Las relacionadas con las propiedades del uso del término derecho en el lenguaje ordinario

2.1.2 Las relacionadas con la etimología

2.1.3 Las que hacen referencia a la relación lenguaje–realidad

2.1.1. Las relacionadas con las propiedades del uso del término derecho en el lenguaje ordinario

Determinadas propiedades que tienen el uso del término Derecho en el lenguaje ordinario, hacen difícil su determinación y son:

- ambigüedad,
- vaguedad,
- carga emotiva favorable
- y textura abierta.

A) AMBIGÜEDAD

La ambigüedad es una inadaptación.

Es una característica observable en las lenguas naturales y por ello hay frases o palabras que permiten distintas interpretaciones, que pueden residir en:

- Homonimia = mismo sonido y significado distinto sin que haya relación entre los significados.
- Polisemia = mismo sonido y significado distinto, aunque guardan relación

¿Qué es Derecho? –

Pregunta abierta al debate. Se ha abordado desde dos puntos de vista:

- Qué es Derecho
- Y qué es D positivo

Son dos preguntas diferentes.

Qué es Derecho

Es una pregunta sobre la que no ha habido acuerdo, pero que ha ocupado al personal durante siglos.

Por esto precisamente, muchos de los juristas contemporáneos han decidido preguntarse qué es el derecho aquí y ahora. Y es que no hay una definición universal, sino en el contexto de un tiempo y una cultura determinada. **Xj**: la continental occidental, o la angloamericana, etc...

El término Derecho

No es esencialmente jurídico.

Es de una ambigüedad manifiesta que no es, en principio, insalvable. Según el contexto, sabremos la acepción referida. También esta ambigüedad tiene un papel de virtud, en el campo de la diplomacia, de la política...

Esta ambigüedad no es del tipo de aquellas palabras que se pronuncian igual, pero que se escriben diferente y significan algo distinto (homonimia): (vaca, baca...), sino que sus diferentes acepciones tienen algo en común (Polisemia).

Y así, el término D en nuestra lengua puede tener varias significaciones diferentes.

Se suelen identificar, al menos, cuatro acepciones o significados del término Derecho (aunque hay más) generalmente distinguibles en función del contexto:

- conjunto sistemático de normas = **norma agendi**; Derecho objetivo. Es el más común. Es el D como *law*. Mercantil, penal, etc...
- titularidad de un D = **facultas agendi**; Derecho subjetivo. *Right*.
- como objeto de conocimiento, ciencia.
- como idea de justicia, legitimidad.

[Tenemos así que, el Derecho de familia español, por ejemplo, ha sufrido grandes cambios.

D al divorcio: derecho subjetivo

Ley del divorcio: norma, D objetivo.

Que se quiere significar con la expresión "no hay D"? – algo que es injusto. Lo estamos descalificando. Es un juicio de valor negativo hacia una situación. "No hay D a..." viene a sustituirse por "No es justo"]

En nuestra lengua **no** existe la convención en el sentido de utilizar Derecho objetivo en mayúsculas y derecho subjetivo en minúscula

En otras legislaciones actualmente en uso, existen términos específicos para designar cada una de esas acepciones.

En Francia hoy, algunos autores lo utilizan de forma generalizada (no como en España):

- **Droit** (con mayúscula), = Derecho como norma, en sentido objetivo.
- **droit** (con minúscula) D subjetivo.

En inglés tampoco existe la ambigüedad:

- **law** no significa ley sino que quiere decir = D en sentido objetivo, positivo.
- **Right** = D sbjtvo.

Esta convención se está perdiendo.

En n/lengua, para referirse a Derecho como ciencia, como saber, se ha sugerido el término **Jurisprudencia** (con mayúscula), mientras que **jurisprudencia** (con minúscula) es término que se refiere a los tribunales y órganos consultivos del Estado.

Si aceptamos estas convenciones se pueden reducir las ambigüedades. Porque el término que es ambiguo no es un obstáculo ineliminable; la eliminación del equívoco es salvable porque, como ya hemos dicho, se puede eliminar por el contexto, por la coherencia comunicativa o la situación de comunicación, que permite saber el sentido con que se utiliza la frase o palabra.

Ambiguo en el sentido de que es susceptible de tener varios significados diferentes dependiendo del contexto, con significado distinto pero relacionado.

Por tanto, la ambigüedad es fácil de resolver atendiendo al contexto.

Las palabras de los lenguajes naturales no se utilizan en todos los contextos para connotar las mismas propiedades.

El sgdo. de las palabras está en función del contexto lingüístico donde aparecen utilizados.

En la mayoría de los casos estos contextos disipan la confusión.

Las cuatro acepciones guardan conexiones entre sí. Lo que por una parte es un inconveniente, pero por otra parte es una ventaja.

Que es D positivo

Otra cuestión en relación con la ambigüedad es que para algunos tratadistas de la primera mitad del siglo **XX** se puso en cuestión la existencia del Derecho positivo.

Xj: Francia: Duguy: "no hay Ds, sino obligación de cumplir con el deber.

Esta posición de Leon **Duguy** fue muy considerada en España hasta la guerra civil.

A veces estas diferencias no han sido tenidas en cuenta por la doctrina: **Kelsen** en sus textos no distinguía D en sentido objetivo y ciencia del D (D subjetivo).

También la concepción de D subjetivo fue objeto de crítica en los movimientos del realismo jurídico, en los años 20 en Europa y en América.

Para el realismo, Derecho sería un término lingüístico, y las cuestiones de derecho son disputas irrelevantes que no tienen importancia en la realidad.

Incluso reprochan a los que tengan una actitud esencialista. Estos autores buscan la esencia del D, pero tal esencia no existe; es una esencia errónea.

Posición del realismo, en la que hay una relación especial: aunque las cuatro acepciones de D se diferencian entre sí, no son entre sí indiferentes.

Si alguien tiene la facultad jca. de hacer algo es porque a esa persona se le otorga el D objetivo.

Esto implica, según **Kelsen**, primar la categoría D objetivo sobre la categoría D subjetivo. Cada uno, D objetivo o subjetivo, contemplan la realidad desde punto de vista diferente.

La concepción de **Kelsen** favorece, pues, al D objetivo, pero esto no implica suprimir al Derecho subjetivo, porque dos cuestiones pueden referirse a un mismo fenómeno y no por ello tienen el mismo significado.

La ciencia del D se puede ver como un conjunto de conceptos sobre el D objetivo, y si se quiere, también sobre el D subjetivo.

Se puede distinguir entre:

- –enunciados jurídicos = son los que contienen la norma.
- –y proposiciones no jurídicas = enunciados que acerca de la norma realizan los estudiosos. Versan sobre las normas.

Es una diferencia entre distintos niveles del lenguaje.

Ambigüedad del D en sí (no de la palabra, ahora, sino del D en sí). Sobretudo en la sociedad contemporánea.

B) LA VAGUEDAD

Es una propiedad que presenta tanto el término como el concepto Derecho.

El D es vago.

Pero esta idea no es pacífica: no todos los tratadistas están de acuerdo en esto.

- Están los que piensan que el D como concepto es vago *intensionalmente*.
- otros tratadistas piensan que lo es *extensionalmente*.
- Otros piensan que lo es de las dos formas,
- otros que de ninguna de las dos.

Nosotros (o sea, él, el Sr. **Iturmendi**) tomamos la idea de que el concepto de D se considera extensional o intensional.

Los conceptos se definen principalmente por:

- Intensión (Connotación) = Es el conjunto de características que identifican ese concepto.
- Extensión (Denotación) = Coincide con el campo de aplicabilidad del concepto.

Xj: Legumbre:

Intensión = Consiste en un fruto que crece en vainas.

Extensión = Viene identificado por el campo de aplicabilidad, objetos que poseen una característica de ese tipo.

Xj: Juez:

Intensión = Conjunto de propiedades del juez. (Funcionario público)

Extensión = conjunto de personas pasadas, presentes y futuras que son jueces.

En principio, todos los conceptos tienen una intención mayor a la extensión, aunque esta última puede resultar vacía. El conjunto mayor es la intención de un concepto (son más el nº de propiedades que lo caracterizan).

Existen conceptos que tienen intención más o menos amplia, pero son vacíos en cuanto a la extensión. Así **xj:** Juez imparcial.

Hay conceptos que tienen la misma connotación pero diferente extensión. **Xj:** Estado y Nación.

Hay que decir que si analizamos la vaguedad es porque los conceptos son vagos. Y la vaguedad se produce cuando la intención y/o cuando la extensión, no se encuentran determinadas claramente.

Hay vaguedad intensional cuando las propiedades de los conceptos no son posibles concretarlas: La expresión "Derecho", al menos en sentido objetivo, es vaga intensionalmente, porque no se ha logrado establecer todas las propiedades de ese concepto. Pero hay autores que creen que no hay vaguedad de este tipo, porque el tema está cerrado.

También el concepto "D" es vago extensionalmente porque queda indeterminado el campo de aplicación de este concepto: es un tema abierto.

Ninguna palabra, ningún sonido, tiene un significado *per se*. No hay una relación natural entre esas palabras y los hechos que se les atribuyen. Lo que hay es una relación necesaria entre los hechos y las palabras, que es el sentido que se le atribuye.

La relación entre palabra y realidad es una relación arbitraria originariamente.

Y cuando la manera de denominar un hecho se generaliza, deja de ser arbitraria para convertirse en una mera convención. (Así cuando decimos silla, ya sabemos a que objeto nos referimos. Silla = silla)

Pero la relación semántica entre las palabras y los objetos denominados por la palabra, siempre, en origen, es arbitraria e imprecisa.

De ordinario las palabras se refieren, sin duda alguna, a ciertos objetos.

Pero hay otros objetos sobre los cuales es dudosa la pertinencia de aplicarle una palabra.

Y esto sucede cuando un concepto es vago.

Esto es, cuando se trata de averiguar cuales son los objetos nombrados por la palabra, se advierte que la palabra se refiere además a otros objetos a los que no se les aplica.

Pero hay casos en que la aplicación de la palabra a un objeto, no está tan clara y es entonces cuando se da la vaguedad.

Es decir, es un problema de imprecisión del lenguaje diferente de la ambigüedad, ya que se les conoce las propiedades o la extensión de la palabra.

También hay ocasiones, situaciones, en las que está claro que es pertinente (o no es pertinente), que es dudosa(o no es dudosa) la conveniencia de aplicar a un concepto determinada realidad.

Usando una metáfora:

Zona de total luminosidad. Cuando un concepto es vago, hay una zona de referencia semántica en la que la relación entre palabra y objeto es clara, sin dudas. Esta se conoce como una relación o zona de total luminosidad

Zona de total oscuridad. Cuando no hay ninguna relación semántica (así, xj, la palabra 'gordo', que hay que especificar si se trata de una persona, adulto, animal, peso de referencia normal, etc...

Aquí tenemos un criterio automático que nos determina excluir el término en ese campo

Zona de penumbra. Zona intermedia en la cual la referencia semántica es dudosa.

Aquí se carece de criterio automático para excluir o no el uso del término. Entonces es que hay un problema de imprecisión:

se llama vaguedad. Y hay distintas formas.

Xj: ¿Cual es la medida exacta para la que es pertinente hablar de alto?...Pues esto carece de respuesta, porque el campo semántico carece de límites precisos.

A pesar de ser palabras que son casos típicos de vaguedad (alto – bajo, corto – largo, joven – maduro, día – noche) no son las únicas, ya que prácticamente todas las palabras se pueden considerar vagas.

Xj: árbol. Cuando decimos árbol, nos podemos referir a él como árbol, tanto si tiene hojas, como si no, tanto si está verde como si está seco...= siempre es árbol.

Pero a veces la vaguedad surge por una imprecisión acerca de cuales son las cualidades o el conjunto de las propiedades del objeto para que sea llamado por un determinado término. Es decir que a veces se duda si utilizar esa palabra en ese supuesto.

Xj: las normas prescriptivas (las normas jurídicas son prescriptivas).

Analizadas en el 1963 por un filósofo de origen finlandés, **Von Wright**. En "Normas y acción".

Ambigüedad de la palabra 'norma', especialmente de las prescripciones o normas prescriptivas.

Para este autor las normas prescriptivas son reglas que tendrían ocho elementos:

- Carácter
- Contenido
- Condición de aplicación
- Autoridad
- Estado
- Ocasión temporal
- Promulgación (publicidad)
- y Sanción.

¿Ha de tener una norma prescriptiva el conjunto de los ocho elementos?... Supongamos que vamos a analizar un enunciado prescriptivo que contiene los primeros seis elementos, pero no los dos últimos (promulgación y sanción)...la llamamos norma prescriptiva.

Pero si faltasen los tres primeros sería diferente, ya que son esenciales.

La cuestión pues, es si debe contener los ocho elementos de **von Wright** o no.

En este caso la vaguedad consiste en que no se puede decir cuales son las combinaciones 'correctas'. Se trata de un problema de cantidad.

No se sabe que número de características han de concurrir para aplicar una palabra a un objeto. Una sola característica no las define.

La vaguedad puede surgir cuando no se saben que características del objeto constituyen las definitorias del mismo, ya que tales características definitorias pueden no coincidir de un autor a otro.

El problema lingüístico no es un problema cuantitativo, sino cualitativo.

Esto es, con respecto a ciertos conceptos, no sabemos con exactitud cuales son sus características definitorias. Es decir, ¿cuáles de las propiedades de un objeto constituyen las características definitorias de ese objeto?

Xj: la palabra delito:

El Profesor **Carlos S. Nino** examina tres definiciones de delito y en ellas no hay coincidencia de características definitorias. No hay acuerdo en cuales son estas características. El problema aquí es cualitativo, no cuantitativo.

Cuando se presentan dudas sobre la aplicación, la vaguedad no es insuperable. Existen dos sistemas:

- Primer sistema: excluir el uso del término que se considera vago, en ese caso, en el uso concreto que sea. Se eliminaría la vaguedad porque se circunscribe el campo de referencia semántica de ese concepto. Pero esta solución sería arbitraria. (Limitar arbitrariamente el campo de referencia semántica de esa palabra).
- Segundo sistema: En la mayor parte de los casos se utiliza en D a través de las definiciones legislativas. Son las llamadas definiciones aclaratorias estudiadas por **Irving Kopilovich**.

En cuanto al D del que habla **Kelsen** hay que distinguir:

- hasta su emigración forzada a EEUU (1940): es el que da cuenta del "civil law'...
- El posterior a 1940, cuando emigra a EEUU. En principio **Kelsen** fija la definición anterior, pero se da cuenta de que la cultura jurídica de EEUU es diferente. Entonces el D del que habla es un D de jueces.

Hart, Kelsen, Ross... Cada uno habla de un tipo de D. Los tres renuncian a un concepto universal del D.

El concepto de D es vago no porque no haya acuerdo en sus características, sino más bien porque todavía hoy no hay rasgos para todos.

(Si un derecho no encajaba en las características definitorias de ese derecho, entonces ese término no es D. Esto es arbitrario. No es así de fácil. Esto es poco racional)

La técnica de las disposiciones o definiciones aclaratorias ha sido muy utilizada por los grandes teóricos del D, ya que acotan el campo de aplicación del término D.

Por tanto, la vaguedad de los términos no puede ser nunca eliminada, pero si reducida dando una definición estipulativa.

El concepto de D es vago tanto porque no hay acuerdo en las características semánticas del concepto, como en las características definitorias del D.

Es vago porque tiene unos rasgos definitorios muy diversos.

Hay un campo de aplicación del D que es claro y es el D estatal. (Aquí la zona de penumbra sería derecho-moral...)(¿?).

Probablemente lo que sucede es que resulta imposible eliminar la vaguedad de los conceptos cuando el lenguaje es natural; entonces la vaguedad solo se puede reducir.

La vaguedad solo se elimina en los lenguajes artificiales o formales.

El lenguaje del D es un lenguaje natural tecnificado, de tal manera que la gran parte del léxico lingüístico del D coge términos del natural y los concreta (es decir, los tecnifica), como **xj**: dolo o culpa.

Aquí, la vaguedad tiene amplísimos márgenes. Para reducirla, hay que tomar conciencia de que los términos son vagos.

La labor de los legisladores es la de reducir la vaguedad de los conceptos, aplicando definiciones legislativas, acotando así la vaguedad.

En el Parlamento los legisladores pueden dar a las palabras un criterio llamémosle, original. Pero después, los demás tienen que aplicarles un criterio interpretativo al intentar ver el criterio que el legislador tuvo al usar el término.

Hay gente que piensa que el legislador es menos listo que la ley. Entienden que los conceptos no tienen necesariamente el significado que los legisladores le dan, sino el que en la ley tienen 'per se'. En el caso Rumasa: ¿fue CxI o no expropiar por medio de un Decreto Ley?.

Esto sucede muchas veces, por lo que los legisladores, frecuentemente, introducen definiciones legislativas, precisamente para evitar la vaguedad en la interpretación de los demás.

Las definiciones son convencionales, a pesar de lo que se creyó en nuestra cultura durante mucho tiempo(=que al definir un concepto, se identifican las propiedades esenciales de ese concepto. Por tanto, cuando alguien define algo, define su esencia). Todavía existe alguna corriente que así lo ve. No así el **Sr. Iturmendi**: piensa él que las 'esencias' no existen. **Xj**: el término **rosa** no especifica la esencia de la rosa. Los que creen que sí, son los esencialistas.

Una de las funciones esenciales del D es la de guiar el comportamiento, la conducta de la gente.

Si queremos aclarar el concepto de D, ello implica reducir el propósito de identificación de ese concepto. Así pasa, **xj**, con los siguientes autores:

- **Kelsen, Ross**, que renuncian a hacer una definición universal, omnicomprensiva, en el sentido de definir exhaustivamente el D, no llegan a establecer las reglas sintácticas o semánticas del término D. Se reduce el campo de aplicación del concepto de D.
- **Hart**, en la obra "*Concepto de D*" habla de:
- **sistema de Derecho simple**.– Son sociedades donde el grupo social está ampliamente integrado; basta con normas de conducta y una norma de reconocimiento que permita identificar a la norma como jurídica.
- **sistema semicomplejo**.– Son sociedades donde además de las normas de conducta y de reconocimiento, existen normas que permiten modificar, derogar o crear otras normas. Son las normas de creación.
- **Sistema complejo**.– Sociedades donde habría dos modalidades de norma:
- **Primarias** (serían las normas de conducta) y las normas de creación y cambio (regula quién crea normas dentro del sistema).
- Normas de reconocimiento y las normas de adjudicación (normas procesales y penales).

Hart entiende que en las sociedades modernas se tiene un sistema complejo, de normas primarias y normas secundarias. Que no tienen como destinatario sólo al ciudadano común (como por ejemplo ocurre en el Reino Unido, cuando la reina dicta normas a los parlamentarios).

Hart en esta obra lo que hace es optar por un planteamiento extensional, porque restringe el concepto Derecho a un supuesto como el que se da en la sociedad desarrollada, como era la del Reino Unido a finales de los años 60.

No hay acuerdo acerca de los caracteres del D.

El lenguaje jurídico es un lenguaje que, junto a los términos naturales, tiene términos tecnificados.

En consecuencia, el discurso jurídico está lleno de conceptos vagos, y esto es lo que lleva a todas las controversias que se dan entre los juristas.

Ubicuidad del D:

El D es un fenómeno omnipresente en n/ sociedad.

Pero el D no convierte, sin más, en jurídico, todo aquello que regula.

Y hay Ds que no son sistemas de normas. Pero sí que son D.

¿Por qué existe el D? ¿Está bien que exista?. ¿Son n/sociedades mejores por tener una importante regulación jurídica? ¿O esto es una cuestión indiferente? Es una cuestión oscura y para contestarla hemos de saber las funciones del D y de la sociedad. ¿Son más o menos progresivas las sociedades que se sirven del D? Pregunta pertinente.

Hoy pensamos que la evolución de nuestras sociedades es progresiva. Antes, a veces había una concepción lineal, incluso circular.

Ahora creemos que, como en n/ sociedad hay mas desarrollo, es mejor que las anteriores. Las sociedades industriales avanzadas tienen la característica de la importancia que le dan al D.

Pero no siempre las cosas son así de simples. Porque... ¿qué es el progreso? ; porque el progreso tiene múltiples facetas: progreso económico, científico, tecnológico, físico, etc...

No por ello, por tener mas cosas, sin embargo, n/ vida es mas plena, más rica, más feliz. Y no por ello, (xj, por tener Internet), las sociedades están mejor organizadas. Ni son mas justas. Y es que el progreso no afecta por igual a todas las personas.

Además, las sociedades de alto grado de desarrollo tecnológico no tienen, solo por serlo, mayor eficiencia que las sociedades primitivas.

Tiene que haber un equilibrio entre libertad de acción del individuo y las normas (tácitas o expresas) de la sociedad en que tal individuo vive.

Otra cuestión: es que cuando se comparan dos formas de vida tan diferentes como la que se daba en las sociedades prehistóricas y la que tenemos en n/ sociedad, siempre se hace desde el p del que está comparando.

Y ni ellos ni nosotros estaríamos de acuerdo en cambiarnos unos por otros.

Lo que hay que procurar es que en las sociedades exista la misma libertad entre los individuos.

Hipótesis de no D

Han sostenido esta hipótesis diversos autores, ensayistas, literatos, en diferentes épocas.

En resumen: hubo un estadio anterior a la edad de oro de la civilización, en la que los hombres vivían en un estado de libertad natural.(Xj = así lo vemos en la Biblia cuando hablan del paraíso terrenal).

De ello también escriben Hesíodo, Virgilio, Ovidio, Séneca, Cervantes...

Es la hipótesis de un tiempo en que no hay coerción, no hay reglas.

También en el siglo **XX**:

- anarquistas
- marxistas

Una versión más nueva es la existencia de ese estadio superior, pero al que hay que llegar: (En varias religiones, el cielo).

Para el marxismo

La clave se encuentra en el modo de producción:

- esclavista (característico de las comunidades asiáticas)
- feudal
- capitalista

El Estado aparece cuando surgen las clases sociales, mientras que, cuando éstas desaparezcan, también lo harán el Estado y el Derecho. Y entonces a cada uno se le dará según sus necesidades, lo que vendrá a sustituir a cada uno según sus capacidades.

¿Hay o no hay sociedades o agrupaciones sociales que han podido vivir sin un sistema de derecho? : Caso de **los cheyennes**, de la región de los Grandes Lagos, cazadores y recolectores.

No había clases sociales, no existía la propiedad privada (a excepción de la tierra, y de los fetiches propios, lo demás era común).

¿Existía entonces un D de los Cheyennes? Porque tienen reglas prohibitivas.

Xj: El homicidio.

Pero la base era fundamentalmente religiosa. Había jefes con poder para cambiar y adaptar las reglas del grupo a las nuevas circunstancias. Naturalmente, esto difiere de los actuales cuerpos legislativos, ejecutivos y judiciales. Entre los cheyennes no existía separación de poderes.

Actualmente nos encontramos con el **islamismo**, donde derecho y religión están mezclados, son la misma cosa. El hombre está totalmente subordinado a un espíritu superior

Allí donde hay sociedad hay D: adagio latino que mantuvieron muchos autores.

Xj: Santi Romano.

En principio este adagio es aceptado por muchas personas, pero no sin crítica.

Y es que donde hay sociedad, esa misma sociedad termina generando reglas, normas, sanciones frente a los infractores, ya sea con el reproche del grupo o con una penalidad elevada.

Pero otra cosa es que esas sanciones sean jurídicas.

¿Por qué considerar que las normas que ponen algún límite a los violadores son jurídicas y no morales o religiosas?.

No tiene esta pregunta una respuesta expeditiva, pues habría que partir de un concepto de lo que es D, no de lo que debe o no debe ser D, sino de lo que es y no es D.

Muchos tratadistas piensan que para que haya D tiene que haber Estado.

Pero esto no es aceptado por muchos antropólogos.

Texto de **MarinovsKy**: *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*.

Hay quien considera que este texto es el nacimiento de la antropología jurídica en los años 20.

No todos los antropólogos están de acuerdo con **Marinosvky**.

Pero en general, la posición mayoritaria entre los antropólogos es de ofrecer una definición de D que acoja del mismo

(del D), lo que los juristas no cubren.

¿Qué es el D entonces?. Pues en Occidente, algo que no se disputa.

Derecho = cualquier sistema jurídico.

Esto es, normas de conducta, normas de competencias que establecen prohibiciones, permisos, obligaciones, deberes... (pero esto también sucede en la religión).

Pero lo privativo del D parece estar en la existencia de Órganos Públicos, autoridades de diferentes tipos que vinculan a los miembros del grupo con su poder para emitir normas y hacerlas cumplir, recurriendo en últimas instancia al uso de la fuerza física.

La mayor parte de los tratadistas, toman como ejemplo las asociaciones de esquimales (los **inuís** de Canadá), que viven de la caza y de la pesca y están organizados en grupos de familias de mas o menos 100 individuos

Hay un *primus inter pares*, no un jefe, que se ocupa de aquella parte en la que los demás le reconocen su 'jefatura'.

Faltan autoridades, poderes personales de un sujeto sobre los otros, lo que no quiere decir que no existan disputas, encontronazos violentos o de intereses.

La sociedad **inuí**, en resumen, es una sociedad anarquista.

Por tanto se pone en duda que haya un orden jurídico. Sí tiene un orden social; mas bien un orden moral.

O sea:

- Si el carácter es extremadamente jurídico es una sociedad avanzada.
- El hecho de que el sistema jurídico sea cada vez más complejo, no quiere decir que la sociedad sea cada vez mas justa o mas ordenada.
- El D no ha estado presente en todo tipo de sociedades.
- Los sistemas jurídicos evolucionados generan soluciones que no existen en las sociedades primitivas. (pero los cheyennes, digamos que tienen un derecho rudimentario).

Los sistemas jurídicos evolucionados tienen las siguientes características:

1ª – Ha de existir algún tipo de mecanismo de mediación o de heterocomposición de disputas. Los conflictos se resuelven jurídicamente mediante una Itx (que nó las partes por sí mismas).

2ª – Los Tribunales. Fórmula institucionalizada de resolver conflictos.

3ª – La Policía, en el sentido de la utilización de diferentes fuerzas para hacer cumplir las decisiones judiciales.

4ª – Lx, abogados...Se proponen soluciones y normas para resolución de conflictos.

Cada una de estas características es condición necesaria pero no suficiente. Estas características son elementos que se requieren mutuamente.

A partir de aquí se pueden dividir las sociedades en mas o menos juridificadas.

Cabría hablar de una **escala de juridicidad** en la sociedad

Con diferente gradación.

De grado cero = no hay juridificación.

De grado 1 = Ante los conflictos existe algún tipo de mediación al que se acude.

Mediación de los Tribunales. Hay policías, legislación, abogados...

Etc.

Las sociedades con el mismo grado de juridicidad comparten parecida cultura.

Las sociedades con grado cero de juridicidad son muy simples en lo cultural y económico; suelen carecer de moneda y escritura; donde los bienes del grupo son bienes participados, comunes. Y hay mucha cooperación, cohesión, integración en el grupo.

Por el contrario, las sociedades de mayor grado de juridicidad, son de agricultura muy desarrollada pero de peso reducido en lo económico frente al sector industrial.

Hay profesionales de todo.

Bueno, pues todo esto nos lleva a argumentar que *el D existe flx. porque existe el conflicto*. Mejor dicho, un cierto tipo de conflicto.

El otro día hablamos sobre **la vaguedad**, y que los tratadistas tienen dos posiciones:

1ª – Hegemónica = sobre todo en Sociología del D Angloamericana, pralx. estructuralistas o funcionalistas.

Lo razonable es interpretar la sociedad como un sistema en equilibrio dinámico. (lo excepcional serian los conflictos en la sd.).

Desde este punto de vista el conflicto tendrá connotaciones negativas.

2ª – Conflictualista = El conflicto no necesariamente es negativo.

Incluso los cambios sociales vienen precedidos muchas de las veces por conflictos. Y es entonces cuando la conducta aquella (la que sea) se impone como debida.

Nos preguntamos entonces una vez más:

¿qué es D?

Pues hay muchas propuestas de definición de D, pero ninguna se adapta **a** y **para** todo.

Buscar la definición de D es como la búsqueda del Santo Grial, que nunca podrá dejar de buscarse aunque se sepa que nunca se va a alcanzar.

Reflexionando sobre el tema de **la vaguedad:**

El D ha tenido distinta presencia bajo formas diferentes y culturas diferentes..., así que es difícil dar una definición universal.

Sobretudo a partir del tránsito del siglo **XVIII** al **XIX**, que se pasa a la idea de que el estudio del D ha de centrarse en el estudio de los sistemas normativos del D.

Hasta avanzado la segunda mitad del **XIX** no empezó a estudiarse el modelo español.

Où no hay controversia, (o poco grado de), es en atribuir al Estado el D.

Esto es : *solo es D el D del E.*

A partir de la Rev. francesa del **XVIII**, de las revoluciones coloniales, industriales, se va a reafirmar esto de que el D es el que viene del E.

Habla de la cultura de la queja. Es un grupo que disuelve los derechos individuales en nombre del D del grupo.

El D nacional surge con notas definatorias que eran propiedades que se encontraban en sociedades industriales avanzadas. No en sociedades primitivas, o de base religiosa, etc...

Cualquier grupo social tiene vocación de crear reglas de D al margen de la regulación estatal.

Esto llevó a que el D de las organizaciones delictivas , cuando presentaban ciertas formalidades, también se consideró Derecho.

Así **xj**, el derecho llamado 'bandidesco', el de la Camorra italiana...etc.

Desde n/ p.v. el D es el estatal aunque la fuente no sea el Estado.

Por una parte, en algunas sociedades primitivas no nos encontraremos con el tipo de conflicto que sí existe en sociedades avanzadas del **sXXI**. Por tanto no precisan de alguna de las Itxs. de estas últimas

Por otra parte, el D no es el único modo de normatividad.

El hecho de que no haya un orden mundial es debido a que los destinatarios del DIP son los propios E soberanos y no las personas individuales.

No existe por tanto, en el orden mundial, nada parecido a una legislatura, o sistema judicial, etc..., aunque haya Itxs. que juegan ese papel.

El ordenamiento Internacional es original. Peculiar en relación con el Derecho interno.

Xj, las normas internacionales tienen un origen convencional. A veces son las costumbres generadas por la actuación de los propios sujetos (=los Es.).

El Derecho Canónico, Hay dudas sobre su juridicidad por el carácter que tiene de Derecho no estatal.

El D canónico es semejante a aquellos sistemas que nosotros consideramos guías de conductas de los usuarios, aunque muchos de los cánones reflejan el D estatal.

Los canonistas consideran que el orden esencial de su D es el D divino, por tanto, inmodificable.

Además de las Iglesias, existen otros grupos diferentes que tienen su propio orden normativo. **Xj**:

la comunidad gitana, que posee un conjunto de reglas consuetudinarias con sus sanciones a aplicar.

A diferencia del D Canónico que regula conductas distintas a las del E, hay algunas normas de los Romaní que se oponen frontalmente a las del E.

C) TEXTURA ABIERTA

Hay quien prefiere llamarla vaguedad potencial.

Hace referencia a la capacidad que tiene cualquier concepto de convertirse en vago o de ganar en vaguedad.

Esta vaguedad fue identificada por **Frederick Wittgenstein**, que habla de cómo conceptos definidos pueden transformarse en conceptos vagos.

Esta vaguedad se muestra de manera evidente en D y también ha sido estudiada por **Hart**.

[Aquí, un inciso para hablar de **HART**: parte del texto de la LH *La revisión sociológica del Positivismo Jurídico*]

Esta textura abierta hace que un término preciso pueda ganar en vaguedad, lo que puede con el D como concepto, ya que se aprecian características nuevas en el concepto D que no se apreciaban en el pasado.

"*Open texture*", esta expresión termina derivando por vaguedad, a un significado que en principio no tuvo.

D) CARGA EMOTIVA FAVORABLE

Hay algunos términos que no tienen carga emotiva alguna.

Xj: un triángulo equilátero.

Y hay otros términos que tienen una carga emotiva esencial.

Xj: los gritos de dolor.

Otros términos tienen un sentido cognoscitivo aséptico.

Y los hay cuyo sentido es emotivo

Estos últimos, pueden ser:

- Emotivo desfavorable
- Emotivo favorable

Eso afecta a su significado cognoscitivo. También afecta a su significado descriptivo. Porque la gente tiende a restringir (o no, cuando el sentido emotivo es favorable) ciertos fenómenos que rechaza y provoca una imprecisión en el campo semántico.

Hay culturas donde el término D tiene un sentido emotivo favorable.

Y esto es así porque todos los regímenes, *de facto*, tratan de dar una forma jurídica al sistema, tarde o temprano, y evitar así que el sistema se base en la fuerza.

La disputa entre:

- iusnaturalistas
- e iuspositivistas

No se trata de juicios de hecho, sino de juicios de valor (de deber ser) del concepto D.

Esto es, lo que se analiza es el concepto prescriptivo y no el descriptivo.

Se analiza pues, lo que el D debiera ser (las propiedades deseables).

Carga emotiva favorable. Esto nos lleva a hablar de **las fxs del lenguaje**:

Función cognoscitiva. Es la que nos permite comunicarnos.

Hay términos que no tienen ningún significado más que el cognoscitivo. Esto es, en principio no tienen ninguna carga emotiva.

Pero hay términos que tienen significados emotivos, que pueden:

- Ser favorables, o no.
- Suscitar emociones.

Y hay términos que tienen un significado favorable (o no) según las personas. **Xj** :

- Espagueti – favorable para los italianos.
- Cabeza cuadrada – desfavorable para los alemanes.

Y esta carga emotiva dificulta, en esos términos que la tienen, el conocimiento de los mismos.

Esa carga emotiva puede ser diferente en determinados grupos. Y lo que es favorable para unos, no lo es para otros. **Xj** : el lenguaje estrictamente militar.

Un ordenamiento jco. es, para la mayoría de las personas, mejor que un ordenamiento no jurídico.

En nuestra cultura pues, 'derecho' es una palabra emotiva favorable.

En D lo importante es lo que debe ser, no lo que es.

Dice el Sr. Decano que él es positivista.

La disputa acerca del D es una disputa de valores.

Un segundo grupo de dificultades..... (Habla de **Hobbes** y de El Leviatán). y dice que la mayor parte de los juristas tienen un concepto erróneo entre lenguaje y realidad. Y esto tiene consecuencias importantes a la hora de definir el D. Va a tratar de explicarse.

El primer libro de **El Leviatán** = característica determinante de lo humano es la capacidad de comunicarse por medio del lenguaje.

El pueblo primitivo tiende a entender que hay una relación necesaria entre palabra y sgdo. de la misma. Entre sgdo. y sgte. (Estos son los esencialistas).

Pero el sgdo del término jurídico es convencional.

Cuando, en onomatopeya, un sueco reproduce el sonido del ladrido de un perro, lo hace con acento sueco. Pero un perro ladra con el mismo acento en Suecia que en España que en Inglaterra.

El sgdo de los términos es de origen arbitrario, pero cuando ese sgdo se extiende en una lengua, entonces se convierte en convencional. Así, el D, es un término que significa lo que la sociedad quiere que signifique. No hay relación necesaria entre el término D y lo que significa.

2.1.2 Las relacionadas con la etimología

Cuando se define un concepto los tratadistas proponen una aproximación etimológica de lo que expresa ese término.

(*Etimología* = estudio del sentido verdadero).

En nuestra lengua el término **D** no procede de lo que la cultura latina llamaba **ius**.

Otros términos con la raíz "*ius*" sí han pasado a nuestra lengua: juez, justicia, juzgar, etc...

Igual ha sucedido en el resto de las lenguas. Lo que sucede es que se aborda el término "*ius*" y se aplican términos de la raíz "*directum*" o "*derectum*".

Esto lo interpretan dos tesis incompatibles entre sí, pero que no logran desplazarse porque cada una tiene razones fundamentales de apoyo.

1 – El tránsito de "*ius*" a "*derecho*" = Es como consecuencia de la cristianización y humanización de la cultura romana. El "*ius*" no tendría el sentido de justicia que tendría el término "*directum*" o "*derectum*". Y esto fue lo que sucedió cuando ocurrió la cristianización del Imperio.

2 – **García Gayo** escribió "*Ius y Derecho*" = cuando se produce el tránsito de *ius* a *directum*, se produce una privatización del D y es cada vez más norma. No podemos determinar como se produjo ese tránsito de "*ius*" a "*derecho*". Procede de una manera incorrecta y rechazada de establecer la relación entre lenguaje y realidad

Había dos concepciones:

- .Esencialista(*)
- .Analítica = la relación entre lenguaje y realidad es una relación arbitraria. Se intenta buscar una definición realista de las cosas.

2.1.3 Las que hacen referencia a la relación lenguaje–realidad

Decíamos el día anterior que la tercera y última dificultad en la definición de D procede de la manera incorrecta de entender la relación lenguaje–realidad : (*)

Es una relación **esencialista**: creencia en que los términos con los que describimos la realidad, tienen una relación con la propia realidad. Entre ellos hay una relación necesaria. No es producto de la casualidad. ("Quién conoce el nombre, conoce la cosa...". **Xj**: rosa = evoca ese color, y ese olor...; **Azul** no puede significar nada más que lo que es = azul, es el mejor término para esa realidad).

Esto era muy corriente entre los juristas.

(La concepción **Analítica** es lo contrario: que la relación entre lenguaje y realidad es arbitraria, convencional).

En la Edad Moderna, esa pretensión de los juristas, fue denunciada por **Hobbes**: propone que en lugar de definir qué es D de forma esencialista, habría que definir cual es el significado del Derecho, definirlo en sus diversos sentidos.

Esta controversia es meramente lingüística.

La idea se remonta a los Diálogos de **Platón**, donde esta idea toma cuerpo.

En cambio para **Sócrates** esta relación no existe.

A principios del **XX**, esta idea de **Hobbes** encontró acogida en el alemán **Hermann U. Kantorowicz**, que preparó en el Reino Unido la obra "*Hª de la Literatura jurídica Wl*". Redactada en 1939, no llegó a publicarse.

En 1963 se publica en España "*El concepto del derecho*", de **Hart** que recupera la orientación de **Hobbes**.

Sostiene que muchas de las dificultades que juristas y legos se encuentran a la hora de definir el D, tienen su origen en la adhesión a una cierta concepción esencialista, concepción platónica o mágica acerca de la relación entre lenguaje y realidad: los objetos se ven representados en las palabras que los significan.

Que las palabras son meros vehículos de la representación de los conceptos y tiene que haber una relación necesaria entre lenguaje y realidad.

Como si el lenguaje nos viniera dado por la realidad. Por ello tenemos que descubrir los términos que mejor van al objeto

Los conceptos deben recoger los aspectos esenciales de los objetos que expresan. Por tanto, únicamente habría una expresión adecuada; en puridad, sólo habría una definición verdadera, una definición válida para cada palabra, y esa definición se tendría desde la intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de esos conceptos.

Hermann U. Kantorowicz es uno de los pioneros de la 'Escuela libre de Derecho' donde se defiende que el Juez "crea" D.

En "*La definición del D*" **Kantorowicz** presenta su concepción esencialista, que denomina:

"realismo verbal"

donde entiende que los juristas debieran tratar de desarrollar un discurso acerca de los diversos sentidos de D en los diferentes lenguajes.

Crítica lo que él denomina el antiguo platonismo, y la concepción escolástica o de fenomenalismo moderno;

Esto es, según el Fenomenalismo moderno cabe la posibilidad de que exista definición de D que tenga el valor de la esencialidad.

Si esto es así, existiría algo semejante a la esencia del D, y entonces el único significado válido sería el que encerrara dicha esencia del D.

Por ello, mucha de la literatura medieval WI ha creído que entre el nombre de la cosa y la cosa nombrada existe un nexo metafísico.

Es en definitiva la creencia antigua de que existe un nexo entre lenguaje y realidad, creencia en la magia verbal: palabras que abren puertas, que hacen daño, etc... Este es el enfoque del esencialismo.

Pero a este enfoque, **Kantorowicz** opone la versión convencional de que la relación entre lenguaje y realidad ha sido establecida arbitrariamente por los hombres. Pero nada ni nadie está constreñido, obligado a seguir esos usos vigentes y si lo hacemos es para poder comunicarnos.

Para un análisis filosófico riguroso, las cosas nada más tienen propiedades esenciales en la medida en que las personas, por su decisión, hagan de esas propiedades condiciones esenciales para la definición de esas palabras.

Si queremos describir los fenómenos que la palabra "derecho" denota, habrá que describir lo que es D.

La mayoría del debate de los juristas es para descubrir cual es la esencia del D.

Con ello se puede concluir: no hay un único concepto de Derecho.

Todo esto nos lleva a:

TEORÍA DE LA DEFINICIÓN.

Esto nos lleva a analizar el papel de las definiciones en el derecho.

La definición de 'definición' no es una concepción pacífica, porque hay diversos usos.

Definir es una operación mediante la cual se describe, se especifica el sentido de una expresión lingüística.

Como el D es lenguaje y como las cuestiones jurídicas son cuestiones lingüísticas, en la ciencia del derecho las definiciones cobran una importancia excesiva.

Los juristas romanos eran radicalmente contrarios a las definiciones. Para ellos, toda definición era peligrosa: basta con que cambie la realidad para que cambie también la definición.

Hay una famosa sentencia de la época clásica, en el *Digesto*, en la cual se nos dice que toda definición de Derecho se entiende peligrosa.

En el plano legislativo, las definiciones se utilizan en el D WI, en parte, como un mecanismo de distribución de poder, porque si el legislador define el término con rigor y exactitud, lo que trata es que a la persona que lee la ley se le restrinja el arbitrio en su interpretación.

Los legisladores quieren que, quienes apliquen el D, se atengan a la definición que ellos dan.

En D hay tres tipos de definiciones:

- Lexicográficas – Es la más fácil de apreciar. Identifica los significados de sentido, de uso, de una determinada expresión en una determinada lengua. Los buenos diccionarios ofrecen un catálogo de ellas.
- Estipulativas – Las que establecen que ciertos términos han de usarse en un determinado sentido o dentro de un determinado contexto. Se introduce cuando se decide atribuir a un término un sentido diferente al que normalmente se usa, esto es, que no coincide con ningún significado de uso anterior. Esto es, cuando un término ya existe y se acuña para él un nuevo sgdo.
- Redefiniciones – Así lo denominan los lingüistas desde **FXX – PXXI**. A partir del significado usual de un término, precisar y acotar ese significado. Es una operación que estaría a mitad de camino de las dos anteriores. Se parte del significado común o habitual de un término y a partir de ahí matizarlo. Esto es muy corriente en el lenguaje jurídico.

Básicamente, por razones de simplificación, y también por razones económicas, las leyes no suelen contener definiciones lexicográficas; cuando se emplean expresiones del lenguaje natural en un texto legal, se entiende que el uso es el de ese lenguaje. En general, las llamadas definiciones legislativas, o son estipulativas o son redefiniciones.

Tenemos un ejemplo en el **artº 142 CC**, en la definición de alimentos:

"Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto en cuanto que no estén cubiertos de otro modo"

El significado común en nuestra lengua, no es este tan amplio.

Vemos en el **artº 237 del CP**, que el tipo de definición legislativa de **robo** es una redefinición:

"Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde estas se encuentran, o empleando violencia o intimidación en las personas."

La mayor parte de las obras que escriben los estudiosos del D, los dogmáticos del D, suelen ser libros sobre otros libros.

En el conjunto de los manuales al uso, las definiciones ocupan un lugar muy importante en la cultura jurídica continental. No así en la cultura jca. angloamericana.

Tenemos pues que un Tratado no versa sobre el estudio de una materia, sino de lo que las leyes tratan al respecto, y de las opiniones de otros autores sobre ello.

Esta es una diferencia entre la ciencia del D y otras ciencias, entre una obra de D y una de, xj, Antropología. La mayor parte de las veces, estas últimas se ocupan muy poco del lenguaje, mientras que en los libros de D abundan las definiciones y las reelaboraciones de las definiciones legislativas: lo que llamamos redefiniciones.

Por tanto, la Ciencia del Derecho se ocupa del lenguaje.

Así, un tratado, un curso, sobre **D penal**, no nos habla del comportamiento del criminal o del crimen, sino que trata de lo que el **CP** y otras Leyes establecen al efecto, o de los criterios que aplican los Tribunales, de las sentencias de estos tribunales, de las opiniones de los tratadistas sobre las mismas, etc.

Lo que el CC nos dice en su **Artº 142** sobre los alimentos es ejemplo de un tipo de definición estipulativa, (porque 'estipula' qué se entiende por 'alimentos' cuando se deben entre parientes. **Xj**: la asistencia médica).

En el **Artº 247** del **CP**...xj, sobre el robo de una cosa mueble... ¿es una cosa mueble el fluido eléctrico?...Los juristas tratan de afinar, acotar, las definiciones de términos usados por los legisladores.

Esto ha generado muchas definiciones doctrinales.

La función de las definiciones doctrinales (también de las legislativas, las usadas por el legislador), es sustituir algunas expresiones por otras cuyo significado resulte mas claro y sean mejor comprendidas.

Tanto la definición legislativa de 'alimento', como la de 'robo', nos permiten comprender qué es cada cosa.

Así podemos decir que un carterista no efectúa robo porque en su acción no hay violencia. Es hurto.

Otro tipo de definiciones son las referidas a términos teóricos ('típico', 'antijurídico').

La función de estas definiciones parece ser diferente a la función de las definiciones legislativas (que son las definiciones comunes).

Estos términos son una construcción de la dogmática jurídica, de los especialistas en D.

Estos términos pueden ser a su vez definidos y con ello se lograría el efecto de clarificación.

Si definimos **delito** como acción típica, antijurídica, culpable y punible, los legos en Derecho no entenderán estos términos.

Para ellos es mejor, y más claro, el término "delito". Sin definirlo.

Tendríamos que aclarar el sgdo de los términos que aparecen en la definición de '**delito**'.

La aclaración se haría con las definiciones de cada término.

Estas definiciones se llamarían **aclaratorias**.

Así, aunque por un camino mas largo, llegaríamos a saber que cosa es 'delito'.

Dicho de otro modo, lo que constituye un problema es el hecho de que los penalistas, cuando definen '**delito**', usan un lenguaje jurídico que, por otra parte, a ellos, les va a suministrar un esquema.

Y así sucede con términos como "robo, acto administrativo, proceso, acto de comercio, norma..."

La definición de estos términos, de estas expresiones, es el resultado de análisis conceptuales previos que se utilizan a efectos de clarificación lingüística.

Además de la función de clarificación y de análisis conceptual, los juristas atribuyen a estas definiciones aclaratorias una dimensión práctica que consiste en resolver un problema normativo:

por medio de ellas los juristas pueden buscar, **xj**, la naturaleza jurídica de una institución.

Este examen nos lleva a distinguir **tres** concepxs diferentes acerca de las definiciones.

- entenderlas como técnica para describir o introducir, o modificar, o precisar el sgdo de ciertas expresiones o términos.
- entender las definiciones como herramientas de análisis conceptual.
- Y por fin, entender las definiciones como forma de referirse a unas supuestas esencias que estarían detrás de las palabras.

Si todo esto lo proyectamos hacia la pregunta inicial "**¿qué es el D?**"

Con la 1ª concepx o primera de estas definiciones, no se nos va a plantear problemas pero tampoco nos lleva a grandes resultados.

Sería acotar el significado de uso que el término D tiene.

Con la 2ª concepx sería más interesante, pero también encierra una considerable complejidad.

La 3ª envuelve una serie de errores que conviene desvelar; tendría bastante imprecisión. Para aclarar esto, hay que tener en cuenta que con los conceptos jurídicos pasa lo mismo que con los científicos.

Mario Bunge, argentino nacionalizado canadiense, además de decir que la filosofía está en crisis porque no hay ideas nuevas (Octubre, 2002) habla sobre esto, sobre los conceptos jurídicos, sobre la Ciencia de la Fª, y sobre la Fª de la ciencia.

Jorge Luís Borges tiene una serie de textos donde dice que resulta aburrido definir los conceptos jurídicos desde el inicio, y que resulta aburrido no poder definir una cosa científica antes de que se inicie, y que en la ciencia, una investigación no se puede empezar sin tener el objeto de la investigación definido, y se puede identificar el objeto de la investigación sin definir ese objeto.

Esta advertencia vale también para la definición de D.

Y es que la ciencia parte de conceptos vagos, y poco a poco van aclarándose.

Para hablar de D no es necesario, pues, empezar definiendo el D, sino que apelamos a expresiones, nociones, que todo lector tiene sobre la palabra D.

Esto es, que también vale qué experiencias o relaciones jurídicas se hayan tenido en relación a ese término denominado Derecho.

Xj: Derecho Civil, no hay derecho...etc.

Un buen punto de partida consiste en distinguir entre:

- El término D.
- El concepto de D.
- El objeto del D.

En general se puede afirmar que:

- los términos designan conceptos y estos pueden o no referirse a la realidad.
- pero hay términos que no designan conceptos (**xj:** el, la...)
- y otros que designan conceptos sin realidad, que no tienen referente (**xj:** unicornio, infinito...)
- y hay otros términos que designan conceptos con referencia empírica. Esto último sucede con el término D, que tiene referencia empírica: dolo, culpa...

El sentido de las expresiones viene dado por la designación y la referencia.

El término D designa un concepto, o mejor, varios conceptos, porque tiene referencia en la realidad

A pesar de lo anterior, el Sr. **Iturmendi** dice que no es posible una definición *realista* de Derecho. Veamos:

Hay palabras que no tienen referencia, lo que no quiere decir que carezcan de sentido.

En las ciencias formales tienen gran importancia los conceptos sin referencia. **Xj**: el concepto de legislador racional. Se les denomina con una terminología neokantiana: "ideal type". tipo ideal de **Max Webber**; *Ideal* significa aquí lo que no es *real*.

Los tipos ideales no describen la realidad, sino que configuran un modelo. Esa idealidad puede contener, o no, una orientación moral.

A veces se habla de definiciones extensivas = nombrar una definición y señalar su referencia. Esta definición extensiva tiene un valor muy limitado en el ámbito del derecho. Puede servir para palabras con una referencia única. Juez no puede tener una definición extensiva, así como tampoco D puede definirse extensivamente.

Hay una razón más para rechazar que haya una definición *realista* de D. Y es que el significado de las palabras es convencional, depende del uso que se hace de ellas, del uso que se les da en determinados contextos, lo cual supone otra dificultad para alcanzar una definición *real* de Derecho.

Además no hay prácticamente ningún término que no haya sido matizado con el transcurso del tiempo. Hay acepciones nuevas y otras que caen en desuso

Tener en cuenta que no existe ninguna esencia o realidad inmodificable. Ninguna esencia o realidad a la que se deba atribuir un concepto.

Las palabras las usamos con el sentido que mas nos conviene.

Xj: ¿Hay un significado esencial de alimento?, según hemos visto, no. Pues lo mismo con derecho.

No tiene sentido sostener que se va contra la esencia de lo jurídico si se va a favor o en contra del D Internacional, aunque sí tiene sentido establecer relaciones entre palabras y cosas, pero esto no son definiciones. Las definiciones relacionan las palabras y éstas se relacionan con los conceptos, pero no relacionan realidades.(¿?)

En resumen, que las definiciones son instrumentos de clarificación lingüística y en ocasiones las definiciones son resultado de un análisis conceptual, pero no son procedimiento para arribar a la esencia de la cosa o a la realidad de la cosa definida. Esto es, no son para acercar las palabras a la realidad de lo definido. Por tanto, hay que rechazar que los conceptos y las palabras reflejan una esencia inmutable. Porque el concepto tiene como referencia un conjunto de fenómenos históricos y variables. No identifican esencias. Además, otro error es decir que "derecho" es una palabra de 'clase' (=que señala muchos fenómenos diferentes, heterogéneos). Detrás de esta palabra 'D', no hay un único ente, ni físico ni metafísico.

Kelsen define el derecho como conjunto sistemático de normas coercitivas.

Según **D'Ors** es lo que los jueces declaran que es D.

Se pueden admitir éstas y otras definiciones, que no lo son en sentido propio, porque no esclarecen el significado de D, lo que ha determinado que haya una parte de la doctrina mas reciente que renuncia a definir

D, y sí define D positivo, D objetivo, etc....

Contraste entre definiciones reales y nominales en general. *En Derecho en particular.*

En relación con la definición ha habido disputas desde siempre entre dos posiciones:

- Los que dicen que definir es un procedimiento intelectual para identificar la esencia de los objetos definidos.
- Los realistas – El punto de partida quizá lo vamos a encontrar en algunos textos de **Platón** donde ofrece una argumentación esencialista (según sus críticos, sus objetores) o realista (según sus seguidores o defensores).

Desde estas premisas se cree que existe una definición esencial necesaria para cada objeto o tipo de objeto, para cada fenómeno o tipo de fenómeno. Esto expresará la verdad esencial.

[Según **Platón** la verdad esencial es anterior a (la experiencia de) las cosas, mientras que para **Aristóteles**, la verdad está *en* (la experiencia de) las cosas].

En la baja EM ya había controversia enfrentando a:

- los que a sí mismos se llamaban **realistas** (=hay una ecuación entre definición y esencia de la cosa) entre los que estaba Santo Tomás de Aquino.
- Los **nominalistas**, que opinan que las definiciones son nombres convencionales usados para designar las cosas.

Guillermo de **Ockham** (=la única verdad de los objetos es su existencia). Parten de un punto de vista radical, diciendo que las definiciones no tienen universalidad, porque los nombres no pueden reflejar ningún tipo de esencia; en la experiencia es posible captar realidades concretas, pero los conceptos son una abstracción. Así por ejemplo, en la experiencia, en la realidad, incluso en la percepción visual, nos es posible distinguir entre diferentes variedades de árboles: naranjos, pinos, etc..., pero el concepto de *árbol* es una abstracción de nuestra mente para denominar todas esas especies.

Los analistas del lenguaje tienen especial empeño en distinguir entre signos y símbolos.

- Signos – relación natural y necesaria con el objeto representado. (humo, arco iris)
- Símbolos – relación convencional con los objetos a los que representa. (banderas, notas musicales, el lenguaje). No poseen una relación necesaria.

El lenguaje humano constituye modalidades simbólicas. Esto es, que el lenguaje es un conjunto de símbolos y no de signos (excepto en el lenguaje onomatopéyico, donde el ruido que hacemos para un ladrido es esencialmente igual aquí que en EE.UU.).

El error de los esencialistas estaría en confundir signos y símbolos. Es una visión infantil. (Algo así como lo que sucede con la mayor parte de los niños cuando comienzan a hablar, que creen que las palabras que usan son las únicas correctas). Ese error ha sido puesto de manifiesto por **J.Luis Borges**:

"...en las letras de la palabra nube estaría la nube, y todo el Nilo estaría en la palabra Nilo".

Esa controversia ha encontrado eco en el concepto de Derecho.

Para **Kantorowicz**, alemán, penalista y filósofo del Derecho, el método erróneo de definir el D, es lo que él

llama el "*realismo verbal* (=esencialismo). Creen que entre el concepto de D y la realidad 'derecho' hay un nexo metafísico imposible de desconocer (antigua magia verbal).

Pasar al realismo definitorio, es decir, al pragmatismo conceptual, es ver un término en un contexto lingüístico determinado.

Una definición será válida teniendo en cuenta su significado de uso.

En la revista "*La controversia en torno al DIP*" se plantea el problema de la definición del Derecho según el punto de vista analítico–lingüístico.

Investigar sobre la naturaleza del D, es determinar el uso en un contexto determinado.

Carece de sentido hacer corresponder la naturaleza del D con los hechos empíricamente verificables, porque una definición solamente puede ser verdadera o falsa si se define en un ordenamiento jurídico determinado (Xj: el o.j. inglés en 1003).

No hay pues, una definición de D en abstracto que sea verdadera o falsa, porque no se pueden controlar las propiedades de esa definición, que son cambiantes y que únicamente se pueden conocer en un tiempo concreto, en un lugar determinado y en un ordenamiento jurídico conocido. Acotándola de esta manera, la definición de D sería válida.

Las tesis de **Kantorowicz** (y **Williams**) expresan sus posiciones nominalistas.

Diferencias en las definiciones de D.

1ª Definición real de Derecho para los realistas esencialistas = hay que aspirar a una definición de derecho que exprese la verdad última del D, y representaría así la naturaleza esencial de lo definido, las propiedades esenciales del D.

Esta forma de definición está vinculada a una tradición del D clásico Aristotélico–tomista y toma nuevos aires a principios del siglo **XX**, con el p. v. de los fenomenólogos.

2ª Definición nominal. Esta posición es la tomada por los que defienden el p.v. neopositivista. Sería la de los nominalistas, lingüísticos, = reglas del uso lingüístico de lo definido.

En el ámbito del D, se refieren a cuales serían los significados lingüísticos del término derecho en las diferentes lenguas.

Esto puede conducir, a su vez, a dos opciones, a dos tipos de definiciones:

- **Definiciones estipulativas** = Son convenciones en torno a usos futuros del lenguaje: en adelante, una expresión se usará de tal manera en determinado contexto lingüístico y deberá ser empleada con un significado concreto, con independencia del significado empírico que se le atribuya a la expresión.

Es un acuerdo convencional.

- **Definiciones lexicales o psicográficas** = Dan cuenta de todos los significados de uso de una palabra en un determinado lenguaje, a partir de la experiencia de los usos lingüísticos.

Kantorowicz, precisamente, postula una definición de D que integra todos los tipos de D. Una definición nominal de D.

Ambas definiciones tienen luces y sombras.

- De las estipulativas: son útiles en bastantes ámbitos científicos; pero al prescindir de la experiencia del uso habitual de una lengua, corren el riesgo de ser arbitrarias. Por eso en D no sirven, no son las más acertadas (no gustan al Sr Decano).
- En cuanto a las lexicales: avaladas por la experiencia de la práctica lingüística en una comunidad lingüística determinada (luces), mientras que la sombra estaría en la pretensión de la definición de recoger exhaustivamente todas las acepciones de un término. Esta pretensión es inviable cuando se trata de definir un término como D. Incluso mediante una programación informática que tratara de definir todos los términos de uso aunque se propusiese identificar todos los significados de uso que hay, que hubo, que habrá, el resultado sería poco operativo; no se podría hacer porque habría una gran heterogeneidad. Además las definiciones lexicales se mantienen en un plano puramente descriptivo y neutral de cómo deben ser definidos los términos del D.

Las definiciones nominales, ya sean estipulativas o ya sean lexicales no son una panacea que resuelvan las definiciones en D. No son útiles para dar respuesta a los interrogantes que se dan en cualquier definición de D.

Ha habido algunos autores que han sido muy críticos con los analistas, pero hoy están de acuerdo con ellos.

Los pragmatistas, luminalistas...dan una definición explicativa del D.

Esto era favorable a los analíticos (como **Russell**, que en el texto "*Habla de sí mismo*" (1999) se explica hasta que punto los analistas del lenguaje tienen mucho sentido), pero los críticos sostenían que las definiciones nominales eran más eficaces para formular lo que **Hayden** denominaba "pregunta por la cosa". Decían que eran una herramienta útil para inventariar los usos lingüísticos de un concepto, pero que eran tan abstractas, tan asépticas, que no resolvían preguntas de la realidad empírica; o eran definiciones tan neutras que no esclarecían la realidad de las cosas

Surge entonces, en el seno de los analíticos, una tercera clase de definición, como alternativa a las dos anteriores:

- **Redefiniciones o definiciones explicativas.** Surge en los años 60–70, en una corriente doctrinal del Norte de Italia denominada "*La Escuela Jurídica Noroccidental*" también llamada "Escuela de Bobbio".

Este tipo de definición será útil –dicen–, para cuando se trate de esclarecer conceptos en los que se encontrarían los puntos clave de una cultura determinada.

Se trata de conceptos donde se proyecta el pensamiento filosófico.

Se trataría de entrar en el corazón del significado dentro de la cultura histórica a la que pertenece.

Esta definición explicativa supone una definición intermedia entre la definición lexical y la estipulativa.

Al igual que la lexical (=catálogo), pretende corresponder al uso de ese término, pero a diferencia de ella, no se esfuerza en recoger toda la variedad de significado de uso de esa palabra, de ese término, sino que trata de encontrar entre ellos, el núcleo de mayor importancia operativa; se buscan los términos que sean más claros y precisos.

Digamos que:

- La definición lexical = son los usos lingüísticos pasados.
- La estipulativa = los que serán en el futuro.
- La explicativa = parte de los usos pasados para proyectarse en los futuros.

El instrumento útil en el lenguaje científico jurídico sería la definición explicativa.

De éstas, dos variantes, según **Huberto Scarpelli** en su obra "*Definiciones explicativas en sentido histórico y definiciones explicativas en sentido crítico*":

- Las definiciones explicativas en sentido histórico = Se tiende a ofrecer una delimitación amplísima; pretende plasticidad elasticidad y resolución, que cubrirían una gran casuística del concepto explicativo. Lo que gana en extensión, lo pierde en precisión.
- Las definiciones explicativas en sentido crítico = en ellas se pretende conseguir la mayor precisión posible, señalando los confines del término definido, con la mayor nitidez. Son definiciones que se dirigen a fundamentar las aceptaciones o rechazos de determinadas concepciones, estructuras o modelos.

En resumen, las definiciones **explicativas**:

- Propugnan como debe ser utilizado dicho concepto en cada momento.
- En contraste con las estipulativas, no son arbitrarias, sino que se basan en los usos empíricos del lenguaje.
- Y en contraste con las lexicales, no pretenden alcanzar todos los presupuestos, todos los usos del lenguaje.

Hay que decir que la función de todas las definiciones de D es sustituir expresiones cuyo sgdo no es claro en ciertos contextos, por otros cuyo sgdo serán más claros.

Por tanto las definiciones en D son instrumentos del mismo (del D) para entender mejor el significado de las normas.

Esto es, además de todas las funciones en D, a veces, los juristas atribuyen a las definiciones, además, una función práctica: el encontrar una solución que no está implícitamente en la norma.

2.2 Dificultades de orden ideológico

No hay ninguna definición de D que no se preste a ser calificada de definición ideológica en el sentido neutro del término ideología.

Ideología = Conjunto de ideas, sistema de creencias.

El término ideología lo podemos entender en sentido débil y en sentido fuerte.

Quien piensa de una manera, tiende a actuar condicionado por esa forma de pensar que expresa su concepción del mundo. Este es el sentido débil del término ideología.

Muchas de las definiciones de D postulan lo que es deseable que el D sea, no definen lo que es el D, lo que es

el término ideológico en sentido fuerte.

Dos significados (2005):

- En sentido débil, aséptico:

Sistema de ideas que funcionan como una guía para la relación humana en el terreno político, social, religiosa, etc..., que funciona en el ámbito de lo práctico.

- En el sentido fuerte, peyorativo:

Proyección de las ideas en la conciencia del individuo. (**Marx**: *la religión es el opio del pueblo*) La ideología = falsa conciencia

Varios momentos en donde el término ideología es usado de diferente manera.

1º – El primer sentido peyorativo del término ideología fue dado por **Napoleón**, en un Consejo de Estado, el 20 de Diciembre de 1810, refiriéndose a los componentes del grupo que participó en la Revolución Francesa (burgueses) que se conocían como "los ideólogos".

Sin embargo, con el tiempo, se distanciaron de los proyectos de Napoleón, y éste los presentó como "políticos visionarios" de forma despectiva

2º – En el siglo **XIX**, en España, Jaime **Balmes**, tiene un texto sobre la ideología.

3º – este momento viene marcado por **Marx y Engels**, "*Sagrada Familia*" y "*La ideología alemana*". Este último texto se publica después de morir, por eso es difícil atribuir a cada uno alguno de sus pensamientos.

Es ideología la descripción ocultadora de la realidad.

A **PXX** decían **Marx y Engels**: "*Las ideas determinan el comportamiento y las condiciones materiales en el mundo.*"

Del análisis de la obra de **Marx**, dos causas para la aparición de la 'ideología':

- División del trabajo:
 - ◆ Intelectual.
 - ◆ Manual
 - ◆ Causa suficiente = La división de la sociedad en clases sociales con intereses antagónicos. Era necesario asegurar el dominio de las clases dominantes en la religión, la economía, etc...

De la ideología referida al D hay un importante añadido: el carácter ideológico del D se ha predicado tanto del D como objeto de estudio, como de la forma de estudiar ese objeto.

La ideología condiciona el estudio de lo que sea.

Sin embargo, el ideal de un conocimiento del D puramente objetivo fue defendido por **Kelsen** en "*Tª Pura del D*".

También hay que decir lo siguiente:

Dès las concepciones post-**Kelsen** se entiende que en el estudio del Derecho los juicios de valor son importantes (la Ciencia del Derecho no es ya puramente descriptiva, como sostenía **Kelsen**).

Al estudiar las normas un estudioso del D ha de ofrecer un catálogo de puntos de vista para estudiarlo.

A PXX se va a descubrir la importancia que tiene en el comportamiento humano determinaciones no racionales.

.....

A FXIX-PXX, dos pensadores diferentes:

◇ Willfredo **Paretto**

◇ George **Sorén**.

hablan sin utilizar el término ideología.

Sir **F. Bacon**, también opina que las ideologías son creencias erróneas que la sociedad tiene.

En los años **60-70** fue común hablar del fin de las ideologías entre los politólogos. Mas o menos venían a decir que las ideologías ya no tenían sentido como movilizadoras de las ideas políticas.

Origen de 'Ideología': La voz "Ideología" se remonta a finales del s XVIII y se desarrolla en Francia.

Es equívoca, porque alguna de sus significaciones difieren entre sí, ya que no tienen las mismas características.

Por ello, una definición rigurosa exige un deslinde de las diferentes acepciones del término.

Existen **cuatro**:

◇ Ideología como sistema de ideas.

◇ Ideología como expresión de prejuicios

◇ Ideología como epifenómeno.

◇ Ideología como filosofía vulgarizada.

Es un término que aparece en el período de la Ilustración, cuando trasciende mas allá de las fronteras francesas.

(La Ilustración estaba muy vinculada al materialismo).

Ideología fue un helenismo que puso en circulación un pensador francés, **Destutt de Tracy** en una breve nota a pie de página del primer volumen de su obra "*Elementos de Ideología*".

Destutt de Tracy define *ideología* como '**la ciencia de las ideas**', (1ª concepción de "ideología" de las que se habla en pág 106) es decir, como una disciplina cuyo objeto es el análisis de las ideas y de las sensaciones.

Este autor expresaba un punto de vista que había sido introducido años antes por otro pensador francés: **Condillac**.

La sensación era lo más simple y las ideas lo bien hecho, ya que éstas se componen de sensaciones, por lo que pensar equivale a sentir.

Esta actitud empirista le coloca en una situación beligerante frente a la cultura clásica y tradicional. Y se constituyó en grupo que se autodenominó "el grupo de los ideólogos y los ideales".

Eran agnósticos, y liberales en política.

Por eso, cuando Napoleón estableció un sistema de fuerza, en un primer momento los ideólogos participan en el acceso al poder de Napoleón, pero más tarde se alejaron de él, y por eso Napoleón los criticó, incluyéndoles en el campo de la metafísica.

De esta posición de Napoleón hacia los ideólogos, arranca la concepción de la palabra ideología en sentido peyorativo.

Más tarde, otra acepción del término ideología complicó las cosas. (2ª concepción de ideología)

Por ello, se trata ahora de liberarse de los prejuicios.

Esta preocupación fue observada en los principios del empirismo.

Bacon fue uno de sus teóricos. Este autor definió a los "**ídolos**" como concepciones erróneas que dificultan el hallazgo de la verdad.

Los 'ídolos' son, para **Bacon**, las tendencias del intelecto humano que dan lugar a los errores y a los prejuicios, y que ocultan, por tanto, el verdadero saber.

Esa idea anticipaba lo que a **FXVIII** se llamará 'ideología'.

El racionalismo moderno eleva a la categoría de "ídolos" a todas las creencias ideológicas en su concepción de tenerlas como falsas.

Fue **Marx** quién utilizó en su sentido más peyorativo el término ideología.

Él, y su discípulo **Engels**, publican dos textos de desigual valor, donde tratan por primera vez el término 'ideología' y son:

◇ "*La sagrada familia*" – donde da un papel protagonista al papel de las creencias.

◇ "*La ideología alemana*" – que no se publicó por completo hasta 1932.

Los propios autores declaran que ese texto ha hecho un ajuste de cuentas con sus pensamientos de juventud. La parte que más se conoce es la primera y aparece una acepción de ideología radicalmente peyorativa.

Las ideologías van a estar determinadas por las relaciones de dominación entre clases.

En la concepción de **Marx**, las ideologías aparecen reducidas a epifenómenos por las clases económicas sociales. (3ª concepción de "ideología" a la que nos referimos en pág. 106)

Están condicionadas por los modos de producción de tal forma, que la filosofía, el D, la religión, etc., todos los productos de la razón están subordinados a los intereses de clases.

Como variante de esta acepción marxista, apareció una identificación de lo ideológico con lo falso. Se va a asociar lo ideológico y lo propagandístico. Se pensaba q las ideologías poseían la condición de ciencias falsas, y que se trataba de justificar consideraciones injustas.

La religión era una manifestación privilegiada de las concepciones ideológicas.

Había una **4ª acepción** del término ideología, que sería cualquier creencia política, simplificada y vulgarizada.

Cualquier concepto de D formulado por un tratadista, trasluce la preferencia personal del mismo (esto es, de quien formula la definición).

Hay una gran literatura en los años 30 sobre diversas definiciones de D.

Los autores que creen que es posible el acuerdo en la definición de D, es porque piensan que todos hablan de lo mismo, aunque de diferente forma.

El problema está cuando la definición de D tiende a ocultar lo que verdaderamente es. Esto da una falsa apariencia.

Y por eso las definiciones de D son ideológicamente fuertes, cuando no describen lo que es, sino que postulan un modelo de D.

La mayor parte de estas dificultades determinan el debate real que hay entre las distintas concepciones de Derecho. De tal modo que, la mayor parte de los debates expresan concepciones ideológicas del concepto D.

Diferentes concepciones de Derecho:

- ◆ Formalismo jurídico.
- ◆ Realismo jurídico (basado en corrientes empíricas).
- ◆ Normativismo (vinculado a la concepción kelseniana).
- ◆ Iusnaturalismo (amplísimas variantes).
- ◆ Marxismo
- ◆ Un puzzle heterogéneo de corrientes que englobaría a las del siglo **XXI**.

Cualquier concepción viene a ser una respuesta a las preguntas generales que se hacen acerca del D.

Se atribuye así, con cada una, un sentido diferente del D

También hay concepciones jurídicas escépticas. Son las que consideran que el D tiene únicamente un valor instrumental.

Todas estas concepciones se refieren al Derecho tal y como se entiende en el mundo Occidental.

Hasta finales de los 80 se hablaba de tres grandes sistemas jurídicos:

- ◇ **Civil law** – que era un D doctrinario y con un alto grado conceptualista. Informa a:
 - ◇ Europa
 - ◇ y a los países latino–americanos.

- **Common Law** – que es un D casuístico y en el que los Jueces y Magistrados tienen un papel + importante. Anglosajón.
- **D del socialismo** – desaparece a finales de los 80.

Esos derechos tienen estilos argumentativos diferentes entre sí, y esto condiciona la manera de entender y percibir el D. Aunque hay que decir que cada vez se aproximan más entre ellos.

Los juristas del Common Law proponen una visión más empírica y casuística, mientras que el Civil Law es más sistemático.

El realismo jurídico surge, básicamente, en EEUU (viene del Common Law) y en Escandinavia (donde el derecho romano tiene escasa influencia ya que es formalista).

Dentro de los países del Common Law, la cultura jurídica angloamericana es más realista que la inglesa.

La mayor parte de las concepciones de D en el s **XX** cabrían dentro del:

- Realismo.
- O del iusnaturalismo
- O del iuspositivismo
- O de una síntesis de las tres.
- **Realismo** = La concepción realista tiende a ver el D como comportamiento. Comportamiento de jueces.
- El **normativismo** =

El D como norma o conjunto sistemático de normas.

Hay dos versiones:

- 1.– El D sólo consiste en normas.
- 2.– El D **no** solo consiste en normas

- ***Iusnaturalismo***

El D es una realidad axiológica, que pertenece al mundo de los valores.

El valor principal es la justicia. Pero también hay otros: seguridad, igualdad, etc., el D tiende a sacrificarse por un principio o un valor. Valores que a veces están en disputa y que son difíciles de conciliar. (D como valor)

Dentro de cada una de estas concepciones, hay versiones moderadas y versiones extremas o radicales.

En los **años 40** aparecen posiciones **tridimensionalistas**, que trataban de reconocer el D en sus tres dimensiones, incluyéndolas en una ciencia suprema:

- El D como hecho
- El D como norma
- El D como valor

Sus grandes filósofos fueron: **Reale, Werner, Goldsmith, Porto, Aragonese...**

1) Formalismo jurídico

Forma típica de pensar de los juristas del **XIX**. (Nace como consecuencia del Código de Napoleón. Precisamente, el realismo es una reacción frente al formalismo).

Tuvo su versión en la cultura angloamericana, donde va a ser la forma típica del pensamiento de los juristas de finales del **XIX** y principios del **XX**.

El término formalismo jurídico tiene connotaciones peyorativas.

Se dice que es una actitud, un estilo característico que se puede detectar en la práctica del estudio del D, en su interpretación y en su aplicación. Se dice que es una actitud de los juristas que raramente se asume de forma consciente. Pocos contemporáneos de este **XXI** se presentan como formalistas.

Conviene distinguir dos modalidades:

◇ Existe un formalismo entendido como un elemento consustancial o propio del D moderno.

Consiste en el hecho de que para los juristas de la Europa Occidental las razones que nos suministra el D para la acción, son razones de tipo excluyentes. Esto es, son normas generales, por el tipo de clases de acciones, y no conductas individualizadas. Suministran razones para realizar una acción, o para abstenerse de realizar una acción.

◇ En los Derechos contemporáneos hay una tendencia a la materialización del D.

Asumir una concepción formalista del D, implica algo más, y una parte de los juristas tienden a actividades formalistas. A veces estas actividades se identifican con el positivismo. Esto es, que a veces el formalismo y el positivismo van de la mano. Se les vincula. Pero lo cierto es que esto no es inevitable, porque se puede ser formalista sin ser positivista y viceversa. **Xj**: positivismo realista.

Tres grandes corrientes:

- Escuela Histórica
- Escuela Francesa
- Escuela Inglesa de John **Austin**.

Parten de una concepción positivista, pero dan lugar a una concepción formalista, pero de diferente forma.

Existen tres variantes del formalismo:

◇ **Conceptual**. Reduce el estudio del D al conocimiento de conceptos. Arraigó en la Europa continental en el siglo XIX. Es una secuela de la "Escuela Histórica del D..o Pandectística", donde sus máximos exponentes son: **Bernard Windscheid** y **Puchta**. Toma cuerpo en las concepciones neokantianas realizadas por **Rudolf Stammler**. Se tiene que partir del concepto universal *a priori* del D, donde se articulan los conceptos básicos. Es conceptualista. No hay nada más práctico que una buena teoría.

Para abordar el D se necesitan una serie de conceptos que acaban convirtiéndose en el lugar último del D. Es un abuso del papel que tienen los conceptos, que se dan como si fuesen la realidad. **Ihering** ridiculizó el conceptualismo en el D, y pasó a la teoría

de los intereses, donde el D soluciona los conflictos de intereses de la sociedad.

- ◇ **Legal.**– "Escuela de la exégesis", que entra en vigor en la época de Napoleón, y domina sobre todo en Francia y en los países donde el Código de Napoleón tuvo mucho arraigo (Italia, España...). El D se identifica con una ley que expresa la soberanía popular. Los Jueces y la Administración están vinculados a la ley. Y una secuela de esta creencia es el fetichismo legal. El juez, cuando resuelve controversias, lo hace resolviendo supuestos de hecho.

La alternativa de ese formalismo legal es la idea de que el juez no realiza solo un acto cognoscitivo sino que también realiza un acto valorativo. El formalismo legal quiere restringir el arbitrio judicial.

- ◇ **Jurisprudencial.**– Arraigó en el Common Law. Se estudiaron y analizaron unos casos muy limitados, y de ahí salían las concepciones del Derecho.

Este último era el menos formalista de todos, pero puede servirnos para presentar las características que tiene el formalismo. Estas son:

- ◇ Entender que el D ofrece un sistema normativo, completo y coherente. Es completo porque el juez en cualquier caso tiene que resolver, y no puede dejar de resolver invocando silencio o laguna legal (porque hay formas de completar esas lagunas. Es coherente porque si el D es un sistema normativo, no puede haber antinomias (prescripciones contradictorias dentro de una serie igual, en un ordenamiento jurídico). Por eso se piensa que el ordenamiento jurídico permite resolver las antinomias; para eso hay criterios jerárquicos, temporales, de especialidad.

El D sería capaz de dar una respuesta a cualquier cuestión jurídica y de ahí que se de por privilegiar la analogía como procedimiento para resolver casos que no aparecen en las normas, pero que si aparecen en otras que están en D.

- ◇ Únicamente los legisladores tienen competencia justificada para crear D, como consecuencia de la doctrina de la división de poderes, cuando hay un control del sistema jurídico. Los jueces interpretan y utilizan el D, pero no crean D, por eso hay que acudir al legislador.
- ◇ El Derecho debería tener un carácter estático, los cambios no deberían afectar a lo que ya existe, porque si no, habría una quiebra en la seguridad jurídica.
- ◇ El D válido formalmente, es el verdadero D. Consiste en reglas generales, tal y como aparecen en los textos.
- ◇ El D es mas perfecto mientras mas técnico; en consecuencia, una tarea de la ciencia jurídica es reducir la experiencia jurídica a sistemas que permiten analizar el D a partir de unos pocos conceptos que gozan de un elevado grado de abstracción.
- ◇ Los conceptos jurídicos poseen algo semejante a lo que se llamaría "lógica interna" que permite deducir de esos conceptos soluciones para las controversias, sin necesidad de recurrir a los elementos extrajurídicos; es decir que, cuando un juez resuelve, no es relevante qué tipo de efectos va a producir en la realidad social la solución.
- ◇ Las decisiones judiciales solo se pueden justificar con una argumentación deductiva. Esto es, es adecuada si ha seguido el silogismo subsumible, que como premisa mayor, requiere una norma de carácter general, y como premisa menor, los supuestos fácticos. Se subsumen ambos en los presupuestos de la norma.
- ◇ Para esta corriente doctrinal, la seguridad jurídica, que toma cuerpo en la certeza

jurídica y en la preceptividad, es el valor jurídico superior incluso al valor justicia.

Hay tres notas que complementan a las anteriores:

- Aquella donde el formalismo entiende la actividad de interpretación de normas y hechos por parte de jueces y magistrados, como una operación cognoscitiva. Además, se describe el sentido objetivo del texto normativo y que no daría discrecionalidad alguna para el intérprete.
- El formalismo ofrece una concepción del D que concuerda con una sociedad en formación. Por eso, en países como EEUU a principios del siglo XX, la mayor parte de los jueces se opusieron a la política del presidente **Roosevelt** del año 1929.
- Pero tampoco el formalismo ha hecho migas con las actitudes totalitarias. En Alemania, está **ShNITT**, gran crítico del formalismo. Concibe el D como un fin en sí mismo. Por esto, el formalismo suele ensalzar los valores internos del D, con independencia de cuales sean las funciones que el D debe realizar, y de ahí que el formalismo excluya una crítica moral del D.
- **2) Realismo jurídico**

Realismo en sentido amplio; de ordinario se piensa en el realismo aristotélico–tomista. No obstante, en el campo del D, cuando se habla de realismo se piensa que realistas serían las concepciones unidas al formalismo (durante los siglos XIX y XX).

Hay un texto clásico que se llama "La revuelta contra el formalismo" de **Morton White**, donde analiza la aparición y evolución del realismo, que se relaciona con las transformaciones económicas y del pensamiento.

Ihering habla de la revuelta, dice que es llevada a cabo por juristas que tratan de identificar el D con una realidad social. Las normas deben interpretarse tomando en cuenta las necesidades sociales.

Por otra parte, se dice que existe un D en acción, espontáneo, y que no se puede reducir al D del Estado. Es el momento en que se destaca el carácter subjetivo y vivo de algunas decisiones judiciales, pensando que los jueces también crean derecho.

Geny publica dos monografías que influyen en la civilística y mercantilística española de principios del siglo XX.

Se identificó el D como regla social. Se defendió la concepción pluralista, entendiendo que todas las instituciones pueden crear D. Esto forma parte de la teoría de **Santi Romano**.

Los EEUU, donde fue la revuelta contra el formalismo. Se dijo que era un fenómeno que abarcaba el arte y la ética del momento y que se puede asociar con el pragmatismo del D.

La aplicación del D por parte de los Tribunales resultaba lastrada por los precedentes jurídicos y la tradición.

El movimiento antiformalista se suele vincular a la obra de **Holmes** ("Senda del D", "Common Law"), que aporta como fuente el peso de la tradición.

Lo importante en D es lo empírico y lo pragmático, por eso **Holmes** definió el D como un contrato de predicciones sobre lo que los jueces harán o decidirán. También pone un énfasis especial en la experiencia judicial y en entender el D Penal desde la perspectiva del delincuente.

En base al discurso de **Holmes** se desarrolló, a principios del siglo XX, una corriente que se clasificó como una **jurisprudencia sociológica**, que tiene un sentido más preciso del que tiene en español, en francés, en italiano... La jurisprudencia sociológica entendía que el D se plasma en normas. Y también decía que no es posible esclarecer el sentido de las normas sin tener en cuenta los hechos sociales.

Rosco Paun entendió que, en última instancia el conocimiento jurídico debe traer una ingeniería social, dirigida a favorecer la utilización del D como instrumento de transformación social. (Xj: la ley seca, que se creyó que utilizando el D se podría modificar comportamientos sociales y no es así). Y por eso los jurídicos del siglo XXI dicen que **Holmes** y **Rosco** fueron precursores del realismo americano.

El Realismo americano. No constituyó una escuela de pensamiento porque sus intereses son heterogéneos. Dentro de él, hay un área moderada. Hubo autores que intentaron moderar la práctica americana. Se le denominó "Instrumentalismo pragmático" y dicen que algo es verdadero si cabe probar que a la larga resulta útil para una actividad humana.

Por otra parte se piensa que las cuestiones de valor hay que considerarlas de acuerdo con los deseos de una determinada sociedad. Los conflictos se resuelven de acuerdo con el principio de la maximización de los deseos.

Holmes definía el D en términos de comportamiento.

Para los realistas, los conceptos básicos del D no son fundamentalmente las normas. Algunos sostuvieron incluso que ni se basan en normas. En términos generales lo que mejor les caracteriza es que toman en consideración no sólo las normas, sino los intereses de la sociedad.

Pero el realismo, además, supone también una tendencia a entender los conceptos tradicionales del D de forma distinta, poniendo énfasis en la eficacia del D, subrayando el papel de la coerción, del uso de la violencia monopolizada por los órganos jurídicos y que es lo único que puede disuadir al delincuente.

La mayor parte de los miembros del realismo norteamericano tiene una concepción de la moral relativista. Identifican la moral con la moral social

Existe un antideterminismo social = La realidad social es plástica y susceptible de ser modificada mediante acción racional y deliberada del hombre.

Tienen una concepción instrumentalista del D que es entendido como una técnica idónea para transformar la realidad social. Lo que debe guiar la transformación es la demanda social, según sus intereses. Mirando no sólo aquello que sea conveniente, sino también lo que sea deseable. Y es que los deseos e intereses que la gente realmente tiene, juegan un gran papel.

Los realistas no estuvieron particularmente interesados en construir una Ciencia del

Derecho.

Esta es la gran diferencia entre los realistas y los clásicos: paradigma jurídico clásico fue construir una Ciencia autónoma del Derecho, una ciencia cerrada en sí misma. Esta es la forma característica anterior al realismo jurídico.

Hay que hacer un gobierno de las leyes. Que sea un gobierno objetivado, no un gobierno de los hombres

La Ciencia del Derecho para los realistas se va a caracterizar por su carácter práctico. El saber jurídico debe entenderse como tecnología; se justifica por su utilidad práctica. Por tanto, saber que los realistas atribuyeron un importante papel a los operadores jurídicos.

Es importante el conocimiento de las demandas sociales y de cuales son los medios más adecuados para satisfacerlas. Hay que estudiar la eficacia social del Derecho y los límites de ese D, así como las consecuencias negativas del mismo.

Jueces y magistrados como creadores de Derecho. Los realistas señalaron el papel importante de los mismos en la creación de Derecho.

En cuanto a la diferencia entre creación del Derecho y aplicación del Derecho: hasta entonces había dos momentos diferentes en los sistemas jurídicos Occidentales (América y Europa):

- Creación normativa
- Interpretación y Aplicación normativa.

Pero en los años 20 se atenúa la distinción radical entre esos momentos (esto no significó que eliminaran esa distinción), demostrando que siempre hay una creación en una aplicación.

La ciencia del Derecho debe hacer profecías prospectivas. Debe anticiparse...

Los realistas rechazan el modelo silogístico: subsumir el supuesto de hecho en una norma (jurisprudencia mecánica).

Frente a la idea de que es más fácil ser arbitrario si no hay que fundamentar una idea, los realistas defienden que se puede argumentar cualquier decisión.

Cuando se plantean el cómo hay que fundamentar una decisión, los realistas dicen que, a veces, la decisión precede a la fundamentación. Primero deciden, luego fundamentan esa decisión. Es decir, cualquier cosa puede ser fundamentada, argumentada, y muchas veces el discurso argumentativo puede ser posterior a la decisión.

Por otra parte, ya sabemos que el sistema americano goza de una importante discrecionalidad, tanto a la hora de interpretar las normas, como a la hora de determinar los hechos. Y por supuesto en la resolución de sentencias. Por ello tiene sentido que estos actos adopten una orientación finalista. Esto es algo no relevante en la Europa Occidental. O sea, esto es debido a la discrecionalidad de los jueces, pues a la hora de aplicar normas, determinar hechos, decir sentencias, deben adoptar una orientación finalista y mostrar cuales son los objetivos en lugar de no explicitarlos, y

tener muy en cuenta los efectos que van a producir las sentencias. Los jueces deben condenar a la hora de decidir.(¿?)(Jurisprudencia finalista)

Esa tendencia de los angloamericanos les supone que el criterio de la demarcación entre lo que es D y no es D, depende de la eficacia de la norma.

El discurso acerca de la eficacia del D ha tomado cuerpo en la denominada "corriente del análisis económico del D". **Coase** (inglés, Nobel de Economía).

Esto supone, por un lado, ampliar el catálogo de las fuentes de D. La jurisprudencia tiene mucho que decir. Esclarece el D.

En el positivismo legalista, la fuente era la legalidad, y la norma era la del Estado.

La tesis que pone de manifiesto que es lo que en el futuro harán los jueces y otros funcionarios en sus autos, ha sido sostenida por los realistas.

Jerome Frank divide el realismo en dos criterios:

- **Llewellye** que sería el representante de los escépticos frente a las reglas. Pero no renuncian a la certeza jurídica que tratan de buscar en las reglas reales, no basándose en la literalidad de la norma, sino interpretándola conforme a la realidad. Las decisiones judiciales pueden estar determinadas por la sensibilización ante una determinada noticia, o ante lo que fuera.

Otros no serían sólo escépticos frente a las reglas, sino que ponen en duda cuales serían los hechos relevantes ante un Tribunal (escépticos ante los hechos), porque a veces es difícil decidir como se ha interpretado un pleito y no depende tanto de las normas como de los hechos; obedece a elementos que a veces tienen carácter subjetivo. La consecuencia es que *la certeza jurídica*, que es valor para doctores como **Frank**, es un mito, es decir, es difícil de alcanzar y de controlar.

- Realismo jurídico de la nueva escuela de Escandinavia.— tiene concepciones semejantes, pero se diferencian en que los primeros exponentes del angloamericano, fueron prácticos (jueces...), y los de Escandinavia eran no juristas, catedráticos de la Universidad.

Lo relevante era la formación generalista, en aquel momento, a principios del XX, en la Universidad había dos profesores que fueron los pioneros de esta Escuela. Eran:

- **Adolf Phallen**
- **Axel Hagerstorm.**

...que eran filósofos y no juristas. Introducen un discurso realista, frente al discurso hegemónico que había en estos países.

Filosofía idealista se daba en estos países nórdicos.

Broston era el pionero. Entendía que la realidad no se confunde con la percepción, es decir, se construye la realidad al percibirla.

A principios del XX lo que se plantea es un giro copernicano y supone un planteamiento empirístico neto, porque la filosofía y el pensamiento de esos países tenían un retraso frente al resto de los países europeos.

En la cultura escandinava tenían un discurso un poco elemental, muy próximo al que existió en Europa después de la muerte de **Hegel**.

Dieron paso a una obra del profesor **Karl Crona**: "D Común", y partieron de una concepción empirista, antimetafísica del D, que trataba de desenmascarar la noción que los juristas tenían (hacían) de determinados conceptos, como D subjetivo, libertad del Estado,...Estas ideas no tienen su base en conocimientos empíricos sino en creencias populares. Sin embargo tienen un importante papel social porque se vive en base a unas ideas que pueden ser explicadas en términos psicológicos. Pueden ser utilizadas como instrumento útil, como instrumento de presentación de una idea. Se desarrollan en la misma época hasta la conclusión de la IIGM.

Sin embargo tienen muchos rasgos comunes, como la crítica de los conceptos tradicionales. En los escandinavos predominan conceptos psicológicos, y en los angloamericanos la sociología tiene supremacía sobre los valores de la personalidad, (que son los que también se dan en los escandinavos).

Por otra parte hay que tener en cuenta que la concepción del D tiende a ver el D como una realidad infiel. El D es un sistema abierto que opera en una sociedad en constante transformación. Esta tesis es muy adecuada para sociedades de transformación.

Por otra parte, la tesis de la separación conceptual entre el D y la moral, tiene importancia en una sociedad secularizada; el D no es deseable en determinadas concepciones morales.

Otra concepción es la idea pluralista y relativista; en sociedades plurales, el D no debe optar por un modelo de ética o moral.

El D es un instrumento o técnica para fines sociales, y no es un fin en sí mismo. La visión instrumentalista es más acusada en los realistas angloamericanos.

Se defiende el carácter creativo de la función jurisdiccional.

El desarrollo de este movimiento en la Europa nórdica tiene que ver con el desarrollo económico-social de estos países que se adecuaba mejor a estas sociedades neocapitalistas. La mayor parte de estas posiciones estaban vinculadas a políticas del new deal o a políticas socialistas del bienestar.

Detrás del discurso de los escandinavos había una reflexión filosófica, obra de los años 50, "Sobre el D y justicia" de **Ross** y **Kelsen**, que fueron los que la tradujeron al inglés y al danés.

Hay que tener en cuenta que esta obra trata del D danés vigente y aparece como la fusión de dos elementos:

- Aplicación de normas o reglas por los Tribunales
- Normas que funcionan como un esquema que intenta explicar la aplicación de las normas por los jueces.

3) Concepción normativista

La concepción normativista es la más arraigada en la cultura occidental. Aquí, cuando en D se habla de normativismo, es pues, la concepción hegemónica; dos variantes:

- Teoría de la norma jurídica, desarrollada a lo largo del siglo XX.
Normoestática o teoría estática de la norma jurídica. Tª de la norma en reposo. Hasta la década de los años 20 = analiza el D a través de las propiedades de la norma jurídica como paralizada, contemplada de forma estática, la norma en contraste con usos sociales, no en contraste con otra norma. Sería desplazada a partir de los años 20 por una teoría dinámica.
- Normodinámica o Tª dinámica del Derecho – En la Gran Guerra (1914–1918), gran parte de los profesores de la Facultad de D de Viena fueron movilizados e incorporados a los servicios jurídicos o de Intervención. Mantuvieron un semanario donde discutían sobre cuestiones doctrinales, como el D común. Entre ellos, establecieron un debate acerca de cual sería el nuevo escenario que se produciría cuando terminara la Guerra. Se trataba de ver qué tipo de admón.. se iba a requerir en ese momento.

Estos profesores tuvieron gran notoriedad después de la 1ªGM, y formarán escuela. El jefe de filas era capitán del ejército: **Hans Kelsen** Entre ellos:

- Alfred **Verdross** (Internacionalista en lengua alemana; gran jurista)
- Peter **Winch**
- Frank **Weyr** (¿?)
- Adolf **Merkl** (Administrativista que tuvo gran importancia en España.)

Los discípulos de Kelsen le hacen ver que su obra mas conocida: "Problemas capitales sobre la Tª del E" (1911), donde él trata de percibir el D como un conjunto, lo que intenta es reducirlo a un sistema de normas, a la manera que Chaussure lo hizo con la lengua. Y dicen los discípulos de Kelsen que él, que sí tiene esa ambición, no la desarrolla. Le reprochan que el estudio de las normas le impide ver el conjunto. Entonces Kelsen, por sugerencia de Merkl, Peter Winch , etc., introduce innovaciones que mejoran su propia Teoría del Derecho, reconociendo, así, su deuda con sus discípulos. Xj: La idea de la pirámide normativa es una concepción de Merkl. En un sistema de D las normas tienen distinta jerarquía: la norma de rango superior, desplaza a la norma de rango inferior... etc. Hoy algo tan común, en aquella época era una novedad.

Y entonces Kelsen al revisar su teoría estática del Derecho, ofrece un modelo de análisis del D en el que su centro se desplaza al estudio del sistema de normas.

Lo que hace que una norma, incluso moral, sea norma jurídica es su pertenencia a un sistema. Su juridicidad le viene dada por su integración en un sistema jurídico. La norma en sí, no significa nada.

El D consiste en órdenes reforzadas por amenazas. Pero un delincuente que va a atracar a una persona, también le da una orden reforzada con una amenaza (lleva un arma, xj).

La diferencia entre ambas órdenes para Kelsen:

- La orden del bandido es episódica
- La orden jurídica está integrada en un sistema que la valida.

(Pero hay sistemas delictivos cuyas reglas acatan un cierto orden. Xj: en la camorra napolitana, se prevé que, por tal o cual circunstancia, tal persona perderá un ojo, un brazo, una pierna, un niño...etc.)

Y entonces Kelsen, en ese momento, introduce un análisis dinámico de la norma. Se

produce el tránsito de una T^a normativista estática o normoestática a una T^a normodinámica. Análisis técnico de la norma, porque la norma no se aplica en sí misma, aislada, sino en su conjunto. Esto es, que no es una barbaridad decir que al mismo tiempo que se aplica una norma, se está aplicando, en conjunto, todo el sistema jurídico al que pertenece esa norma.

El punto de vista sistémico: viene a coincidir con la reivindicación del sistema en todas las Ciencias Sociales de principios de siglo XX. Por tanto, no es, en origen, una concepción kelseniana, sino que Kelsen fue introducida en ella por sus discípulos. (Xj: ya en 1897 **Thon** (¿?) había dicho que el D es un conjunto de mandatos). Es una teoría formalista, en la que se estudia la estructura formal del D.

Todos los sistemas normativos responden a una misma estructura formal.

Lo que Kelsen viene a decir, a explicar, qué es lo que da unidad a ese conjunto. Las normas están expuestas en el marco de un sistema y ninguna norma fuera de tal sistema tiene interpretación adecuada. Esto va a tomar forma en una serie de textos, principalmente en La T^a pura del D.(1934).

A su vez, dentro de la T^a normodinámica se encuentran dos variantes:

- La formalista o kelseniana
- La T^a analítica – lingüística vinculada a la persona y obra de **Hart**.

Estas dos concepciones tienen a su vez diferencias significativas entre sí, y también analogías.

La primera diferencia:

- se dice que la T^a normativista de **Kelsen** expresa el punto de vista de la Europa continental (cuna del D Romano, del Canónico, del Germánico, etc...) y se adecua menos al *común law* de las islas. (esta concepción se dice que refleja al Kelsen vienés).
- La T^a analítica de **Hart** – éste se declara continuador de la concepción jurisprudencial de **J Austin**

La semejanza fundamental: La condición positivista de **Hart** y **Kelsen**, solo que el punto de vista bajo el que contemplan el positivismo, en uno y otro es diferente.

- **Kelsen** , no es lo mismo el D que es, que el D que debe ser.(debe realizar determinados valores)
- **Hart** introduce en su discurso la necesidad de que haya un mínimo de contenido ético en el Derecho positivo, si no, no es D.. La ética no es una condición per quam, sino que es una conditio sine quam. ¿Cuál es el alcance de ese contenido mínimo de ética, de D natural? Lo que hace jurídica a una norma es su pertenencia a un sistema jurídico. Las normas no son jurídicas por ser justas, pero si niegan esta justicia dejarán de ser jurídicas.

Tenemos pues, dos teorías:

- ◇ T^a de la norma jurídica aislada
- ◇ T^a de la norma como conjunto sistemático. A su vez, dentro de esta segunda, habrá dos formulaciones:
 - El normativismo kelseniano, que es técnico y formalista.
 - El normativismo de Hart, sistémico en clave analítico – lingüística

Ambas formulaciones tienen en común el identificarse con el positivismo jurídico es la disyuntiva entre la ley natural y la ley positiva.

Sabemos que:

- Derecho positivo = lo que es.
- Derecho natural = lo que debe ser, conforme a la naturaleza, a los logros, a Dios, o como se le quiera llamar.

El normativismo es, seguramente, la concepción más difundida en el siglo XX. Y no solamente entre los filósofos, sino también entre los juristas es, digamos, su filosofía espontánea, ya que piensan con esquemas normativistas.

No es solamente doctrina hegemónica, sino también generalizada, como decimos, entre los prácticos jurídicos.

Hay muchos tipos de normativismo, porque hay muchas formas de entender las normas, y también muchos tipos de normas jurídicas. La literatura sobre su clasificación es casi inabarcable por su extensión.

Visiones diferentes entre la norma y la fuerza, o la coacción, o la coercibilidad. Visiones también diferentes entre el D y el consenso, o entre la norma y la costumbre humana etc. Porque, decimos, hay muchas maneras de entender las normas dentro del normativismo.

A pesar de todo ello y a pesar de que el normativismo es una concepción difusa del D latente en el pensamiento común y que se combina con otras concepciones del D, quizás sea posible sistematizar todos los normativismos en dos:

- **Kelsen**
- **Hart**

Por tanto, y siguiendo con lo anterior, hay diferencias entre el concepto de **Hart** y el de **Kelsen**, pero también hay puntos de encuentro. Lo que une principalmente a **Hart** y **Kelsen** es aquello que a ambos distancia de las posturas realistas, realismo jurídico, o del iusnaturalismo en sus diferentes variables. Son positivistas que parten de que una cosa es decir qué es D, y otra muy distinta es valorarlo.

Usando el lenguaje de la ciencia descriptiva, vemos que la descripción es una cosa y la valoración otra. Cuando se valora no se está actuando como científico. No se necesita ser científico para saber que una conducta es o no es reprochable.

Por otra parte, a **Hart** y **Kelsen** les separa del iusnaturalismo la idea de que el D es creado y modificado por actos de voluntad, por actos humanos exclusivamente. Es decir, el legislador imputa a un comportamiento determinadas consecuencias jurídicas. Esto es, hay conductas que se consideran injustas porque así lo dice el legislador, y para ellas hay prevista una consecuencia jurídica.

Pero esto cambia en el tiempo y en el espacio. Xj: lo sucedido en España con el adulterio antes y ahora. Y esto es lo que diferencia a los positivistas de los iusnaturalistas: que el iusnaturalismo está por encima de los cambios legislativos.

La diferencia con los realistas es evidente, ya que **Kelsen** y **Hart** ponen el acento en la norma, no en la conducta de los funcionarios o en el comportamiento de los jueces.

Pero además, tienen una diferencia fundamental con los realistas en la forma de aproximarse, de acceder al conocimiento del D.

Aunque tanto para **Kelsen** y **Hart**, como para los realistas el D es una técnica neutra, tiene carácter instrumental, no es un fin en sí mismo. El D existe en la medida en que hay conflicto.

Sin embargo, no son estos aspectos prácticos los que interesan de **Kelsen** y **Hart**, porque lo que ellos tratan es estudiar el comportamiento jurídico, avanzar en el conocimiento científico del D.

El enfoque que ellos hacen del D, no es técnico ni tecnológico como hacían los realistas norteamericanos, sino que más bien su enfoque es científico.

Lo que persigue **Kelsen** a principios del XX es que el saber acerca del D sea un conocimiento jurídico de tal naturaleza que sea un conocimiento científico. Trata de que el conocimiento jurídico sea una ciencia. Conocimiento científico que resulta de eliminar de ese sistema de normas, cualquier tipo de valor, como los valores jurídicos, morales, históricos, etc...Y dice además que hay ciencias de lo normativo.

En el conjunto de sus textos hay un discurso reiterado de que el D es puro, no es un D más del enunciado por las normas. El objeto del D está compuesto por normas. Esto es, el D viene determinado por ideas filosóficas normativistas. Su teoría es normativista, pero su función, sin embargo, no lo es.

La condición de la Ciencia Jurídica normativa es que se postula, dice **Kelsen**, no por su función, sino:

- Por su objeto (está compuesto por normas)
- Por su método.

Es en la estructura formal del D, y no en los materiales, donde se sitúa el acento de la posición kelseniana. Y cambiará la legislación, pero no por ello cambia la estructura formal del D.

Kelsen es el mayor jurista del siglo XX. Muy fértil en publicaciones. Su primer texto (la tesis doctoral) data de 1903; el último es de 1973. En Tª pura del D elabora una concepción muy sofisticada del D.

En 1911, cuando Kelsen publica su Problemas capitales sobre el E, no era consciente de su importante coincidencia con **Helmut Coing**. Aunque Kelsen no conocía la obra de Coing, hay similitudes entre la Tª ética de Coing y la Tª del D de Kelsen. Más tarde publicará "La teoría de la soberanía del DIP" (1920)

En 1920, Kelsen saca un texto que subtitula: Contribuciones a una Tª pura del D, con aportaciones nuevas a la misma.

Además, la concepción kelseniana del D, presenta rasgos en común con el formalismo clásico del XIX.

Con las revoluciones burguesas de finales del XVIII, se producen muchos cambios e importantes. En n/ campo, tenemos el constitucionalismo y la codificación. El ambiente político es el adecuado: las colonias, las declaraciones de Ds, las primeras

constituciones de la Revolución Francesa...Y en ese momento se legaliza el progreso de los innovadores (Feijoo, Olavide, etc...) o de los reformistas ilustrados de Italia (Beccaría o Bataglia)(¿?).

Hasta entonces el estudio del D estaba centrado en el conocimiento de modelos de D. No se estudiaba tanto el D positivo vigente, como modelos anteriores de D, como el Romano o el Canónico. Y esto sucede durante el XVIII y principios del XIX. No se estudiaban los Derechos nacionales, nuestros propios Derechos, xj en España. Formaban juristas instruidos en modelos que no eran cambiantes, contingentes (efímeros). Tenían una concepción monista del D, xj, del D Natural. Suministraban las pautas del D al que había que ir.

Cuando se modifica el D privado en Francia, el Código de Napoleón da cuerpo al D de los tratadistas del D Natural. O sea, que en el tránsito del siglo XVIII al XIX se produce un cambio en el D que hay que estudiar. Ahora va a ser un D cambiante, establecido por la voluntad humana; el objeto del D pues, cambia. Se estudian ya los sistemas de derecho nacionales. Se va abriendo paso la idea del saber científico: algo que se puede enunciar con leyes científicas.

Se busca en la definición de Ciencia del Derecho, lo no contingente del D. Y el único elemento no contingente eran las categorías jurídicas. El legislador puede cambiar el D al legislar, pero las categorías jurídicas permanecen. (categorías jcas, como xj hurto, robo)

Para Kelsen el componente fundamental está constituido por las normas jurídicas completas, que son aquellas normas que contienen un enunciado coercitivo. Esas normas coercitivas son enunciados de deber ser, establecen lo que debe de suceder, dados determinados hechos o supuestos.

La norma jurídica pertenecería al mundo del deber ser. No establecen como se comportan los destinatarios de la norma, sino como deberían comportarse, por tanto su estructura es causal o hipotética.

El D se presta a ser contemplado en dos planos:

- Plano estático = conjunto de normas yuxtapuestas, o adicionadas, o en reposo.
- Plano dinámico. Analizando esas normas con una perspectiva dinámica; en el plano en que se crea y desarrolla.

Desde este segundo punto de vista se dice que el D autorregula su creación, modificación o extinción. Esto responde a una categoría desarrollada por **Niklas Luhmann**, quién defendía que el sistema normativo era un sistema autopoietico. (Autopoiesis =productor y producto son la misma cosa)

El D aparecía como una estructura de carácter jerárquico = T^a escalonada del orden jurídico. En esa pirámide cabe distinguir distintos grados: en la base estarían los actos administrativos, las resoluciones administrativas, sentencias, negocios jurídicos y contratos. En la cúspide estaría la norma básica. Salvo en la cúspide que sólo hay creación y en la base que solo hay ejecución, en el interior de la pirámide, las normas se están interrelacionando continuamente.

La coercitividad jugaría un papel muy importante, fundamental, en la concepción

Kelseniana, porque es lo que diferencia al D de la moral.

Que la cúspide de la pirámide se cerraría por medio de una norma no positiva, no puesta, presupuesta, cuyo significado sería obedecer a la Cx. Permite no buscar en otro sitio una fuente de validez. Tanto los teóricos como los prácticos del D tienden a aceptar esa norma de cierre o norma fundamental, porque da unidad a ese sistema de normas. Sin embargo se trata de una aceptación hipotética. Porque es más operativo aceptar que esa norma es válida, que cuestionarse su validez. Esto nos dice que la aceptación de esa norma no presupone su sacralización. Se acepta por operatividad, pero no necesariamente hay que estar de acuerdo con ella.

Otra idea importante: lo que permite delimitar el D del no D, es la validez = el modo peculiar de existencia de la norma. La validez es una característica de la norma. Una norma no puede ser mas o menos válida. O es válida o no lo es. Y si hay contradicción entre dos normas en un sistema de D, es porque una de ellas, o las dos, no tienen validez.

Son diferentes la colisión entre normas y la colisión entre principios

Se puede resolver una controversia en base a un principio, aunque haya otros que también lo expliquen. Se puede elegir uno, pero el hecho de que un tribunal prefiera un principio no quiere decir que el que no prefiera no sea válido. Hay otros principios simultáneamente válidos, lo que ocurre es que en un caso concreto hay prevalencia, o se elige, entre un principio y otro.

La validez de las reglas desde el punto de vista normativo, se define en términos formales: una norma es válida si ha sido establecida por quien tiene competencia para ello, si el procedimiento es el que corresponde a su rango, si ha sido establecida por criterios dados por una norma superior, etc.

La ineficacia, dicen los formalistas más radicales, no quita validez a la norma; esto es, hay normas que son válidas pero no eficaces. De tal manera que una norma derogada sigue siendo norma aunque carezca de eficacia. Esta es la concepción formalista radical, mientras que la concepción de Kelsen es medianamente formalista. La validez y eficacia de una norma escrita contrasta con una norma de D consuetudinario.

Cuando concluye la *vacatio legis* la norma escrita es válida (siempre que no contradiga norma de rango superior, etc.), y será eficaz cuando se aplique, cuando se den las condiciones para su aplicación. Y si se dan tales condiciones y no se aplica, pues entonces no será eficaz.

Esto anterior lo vemos invertido en cuanto a la norma consuetudinaria: la norma consuetudinaria nace eficaz, nace con un derecho que, de hecho, se aplica = es la conducta practicada reiteradamente con conciencia de obligatoriedad. La validez vendrá cuando el ordenamiento jurídico haga suya esa regla consuetudinaria. (La reiteración de una norma da lugar al *consuetudo*, y por lo mismo el vaciamiento de aplicación va a determinar el vaciamiento de validez de tal norma. Su ineficacia genera invalidez. Cuando ya no es eficaz (porque no se usa, o por otras causas), deja de ser válida.

Kelsen en su teoría dice que lo mismo sucede de hecho en el D escrito, pero que es

difícil determinar cual es el grado de ineficacia y durante cuanto tiempo se tiene que dar para que la norma sea inválida.

Kelsen en los años 40 establece el principio de eficacia = la norma fundamental solo es supuesta, solo será norma básica, si el ordenamiento en su conjunto es medianamente eficaz. Por eso muchos entienden que esa norma es superflua. La eficacia, aunque no forma parte de la validez, sí que es un requisito de validez (cuando transcurre un tiempo desde su entrada en vigor)

Kelsen, en su Teoría Pura del D = En todos los Ds occidentales, los principios son comunes, aunque el D varíe entre países. Propone un modelo de ciencia del D que es la dogmática jurídica = la ciencia que se ocupa de un D en particular, o de partes de un D, xj, el D español, el procesal, el mercantil, etc...

La dogmática jurídica Esta disciplina tiene tres rasgos:

- ◇ Es un saber normativo; su objeto está constituido por normas jurídicas. Su método es sistémico. Adopta lo que llamaría Hart punto de vista interno, el del jurista que se identifica con el sistema normativo y percibe la norma y la interpreta desde el marco normativo. Esto es lo que diferencia al jurista del que no lo es. No es lo mismo :
 - *Soll – normt* el D positivo consiste en normas.
 - *Soll – satzi* los enunciados normativosEsto es obvio. Hay una corriente de pensamiento sobre esta diferencia: de una norma se predica su verdad o falsedad, mientras que su enunciado normativo puede ser válido o no serlo, eficaz o no, pero no verdadero o falso.
- ◇ Es un saber normativo que pretende ser axiológicamente neutral. Hace una descripción objetiva de las normas y pretende explicar el D positivo sin valorarlo.
- ◇ Se trataría de una ciencia autónoma respecto de otras ciencias normativas o sociales. Porque en la concepción *kantiana* que Kelsen mantuvo hasta su ida a EE.UU., no hay ciencia autónoma si ésta no mantiene un método propio. El método propio es lo que cualifica a una ciencia como tal.

Una ciencia normativa lo es por su objeto y por su método, no por su función

Kelsen reconoce que hay un papel creador de D de Jueces, Magistrados y Funcionarios al resolver. Este papel creador lo reconoce Kelsen en base a la relativización entre el momento de la creación de la norma, hasta el de su aplicación.

Observando la pirámide normativa: en la cúspide hay solo creación. En la base solo ejecución o aplicación de D. En todo lo demás hay creación más aplicación. Además de la jerarquía la pirámide normativa supone una concreción del D.

Kelsen distingue dos formas de interpretación de las normas:

- Interpretación auténtica = La que realizan los órganos creadores (o aplicadores ¿?) de normas. Esta nomenclatura es engañosa. Se remonta a Justiniano: nadie mejor que el creador de la norma para interpretarla.
- Interpretación científica = que tiene eficacia meramente doctrinal. La interpretación auténtica tiene más eficacia. (Se abusa de notas aclaratorias porque tienen efectos retroactivos en las interpretaciones auténticas, por parte de las autoridades administrativas).

La interpretación se formula por actos de voluntad, de decisión. Cuando el Juez interpreta una norma, al aplicarla, no es un acto cognoscitivo sino que es un acto de voluntad. La Administración resuelve interpretar tal norma con tal alcance. Y debe fundamentar esa interpretación.

Por ello una misma norma se aplica de forma diferente por personas diferentes (Magistrados y Jueces) en un mismo Tribunal. Así, a veces, cuando en una misma Sección cambia el ponente, cambia la interpretación. Y por ello existen los votos particulares disidentes: y esto es el reconocimiento de que no solo hay una única interpretación adecuada de una norma.

Cada acto de interpretación es un acto de voluntad, no es un acto de reconocimiento. Esto muestra que las normas (en la interpretación kelseniana) serían marcos abiertos a diferentes posibilidades. Pero entonces ¿qué pasa con la seguridad jurídica?. Que solo puede ser relativa, y es algo hacia lo que se avanza.

Interpretación científica. Actividad puramente cognoscitiva. Dice Kelsen en Contribuciones a una Tª General del D: debe el estudioso poner de manifiesto un catálogo de posibilidades de interpretación de normas, pero no debe de optar por ninguna.

La concepción del D de Kelsen, está ligada a la defensa del Estado democrático y de los valores de los sistemas parlamentarios. Los valores de libertad y tolerancia son propios de quien tiene una posición relativista

En el periodo de entreguerras, la democracia clásica parlamentaria estaba cuestionada. Y Kelsen, en su Esencia y valor de la democracia defiende que quien cree en valores absolutos está menos dispuesto a ser convencido por otros de otras opciones.

En la Tª pura del D, la concepción kelseniana es una defensa del Estado de Derecho. Se oponía , en el plano teórico, a las concepciones totalitarias

También vamos a encontrar una defensa clara en la concepción de Hart. De la concepción de Hart se dice que va mas allá del normativismo de Kelsen

Kelsen construye una Tª del D formalista, y se inspira en la filosofía neokantiana, tratando de centrarse en los aspectos formales del D.

Hart, por el contrario, se propone elaborar una sociología descriptiva del D (sociología a la que los sociólogos no llaman discurso sociológico sino mas bien normativista). ¿Cómo se usa (dice Hart) la Ciencia del D?. Para ello recurre al lenguaje ordinario, al significado ordinario de los términos.

La concepción analítica que dominó la cultura inglesa en los años 20, 30, 40, es la que 'informa' a la concepción de Hart.

Hart recurre a los elementos elaborados por la filosofía analítica que permitía distinguir el significado de las expresiones; y además también permite, a través del análisis, comprender mejor el sentido de las instituciones sociales, y el D, y el Estado jurídico

En su obra *El punto de vista del D* quiere mostrar por qué el D no se puede ver como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas. El D consiste en 'mandatos' del soberano (=esta es la concepción de John Austin) manda quien encuentra habitualmente obediencia, con independencia de que sea legítimo o no lo sea. Y ese que manda es el soberano. Esta es una concepción insuficiente en el análisis de Hart, porque hay que trabajar con otros conceptos, como la norma social

Para Hart en las normas jurídicas hay dos elementos:

- Un comportamiento regular y reiterado (que también se da en los hábitos) y que es el aspecto externo de las normas, y no se acompaña con sentimiento de obligatoriedad.
- El 2º elemento es la aceptación de dicho comportamiento, que sería el aspecto interno de la norma; aceptación del comportamiento como debido. Esta aceptación se traduce en ciertos usos del lenguaje.

Entiende Hart que en las sociedades occidentales complejas, el sistema normativo también es complejo y por ello, los sistemas jurídicos evolucionados se caracterizan porque están compuestos por dos tipos de normas: normas primarias y normas secundarias. Las normas primarias aquellas que son para cualquier ciudadano. Controlan el comportamiento. Las normas secundarias son las que reconocen competencias, facultades, establecen procedimientos, etc.

Esta concepción permite a Hart mantener una posición flexible entre D y fuerza, porque las normas secundarias muchas veces no llevan aparejadas una sanción. Puede ser que lleven consigo la nulidad, que no se consiga un resultado. Pero no hay sanción. Y este modelo le permite a Hart decir que no solo cumplen la función de guiar el comportamiento, sino más funciones

Hart también sostiene que hay que ser claro en la idea de fuerza del positivismo jurídico. Esta idea es que hay una separación entre D y moral. (que hay una diferencia entre el orden jurídico y el orden moral) Pero no son antagonistas, puesto que tiene que haber un mínimo de ética en las normas jurídicas. Según Hart, si una norma no tiene este contenido mínimo ético, estaría vacía de juridicidad.

Hart distingue tres sistemas normativos:

- Simple – normas primarias + normas de reconocimiento.
- Semicomplejo – normas primarias + de comportamiento + una norma secundaria.
- Complejo – normas primarias + tres modalidades de normas secundarias.

Este tipo de normativismo permite mantener una concepción flexible entre la fuerza y la naturaleza, ya que se pueden:

- O bien reforzar las normas de autorización
- O bien modificar las norma
- Se puede utilizar la norma secundaria de adjudicación.
- O se trata de poner en juego las normas del instrumento del cambio.

Hart suscribe el postulado de la separación entre D y moral. Una cosa es el sistema normativo jurídico y otra cosa es el sistema normativo moral. En la definición de D no cabe introducir conceptos morales. Hart no piensa que la norma de cualquier sistema pueda tener cualquier contenido, como pensaba el primer Kelsen, profesor de Berkeley. Así pues, no está de acuerdo con la concepción kelseniana en "¿Que es la

Justicia? En definitiva, no entiende que exista el emotivismo ético jurídico

Para Hart, hay que defender un objetivismo mínimo. Mínimos contenidos de justicia también en el discurso de **Hart**: Según su criterio, en una sociedad que tenga una cierta homogeneidad, es posible justificar racionalmente unas ciertas reglas de conducta. Lo llama "contenido mínimo de D" (tanto de D natural, como de D positivo).

También, como vimos el día anterior, para que una norma sea jurídica, dice Hart, que ha de contener un mínimo de ética. Y detrás de este mínimo ético late una concepción antropológica.

En toda sociedad puede haber acuerdo de conductas, dice Hart. Hay una diferencia notable con el D natural Aunque él no dice con ello que estos rasgos consensuados tengan un carácter universal, inmutable, atemporal (la esclavitud, xj: antes bien, ahora no). Y ello porque hay cambios en la percepción de los valores según las diferentes épocas, y así, también será diferente la relación entre D y moral.

En el D positivo ha de estar presente un contenido mínimo de D natural.

Derecho y Moral son dos sistemas normativos.

Una norma es jurídica, no por su contenido en moral, o en justicia, o en lo que sea, sino por su pertenencia a un sistema (ya visto).

Hart no se preocupó de construir un modelo de Ciencia jurídica del D, porque en su creencia el saber jurídico se justifica por su utilidad práctica, por la práctica jurídica, y es indiferente si ese conocimiento jurídico tiene características de la ciencia jurídica o no.

El D en la concepción de Hart existe, porque hay una demanda de su existencia. Y es por ello que también existen los profesionales del D. No le importa si hay o no un saber jurídico, y es que la dogmática jurídica es principalmente un producto cultural de la Europa Occidental y no tiene desarrollo en el mundo anglosajón.

Sin embargo, Hart va a elaborar una importante diferenciación entre las normas en dos discursos distintos, lo que sirvió (aunque a él no le preocupara en absoluto), para esclarecer la dogmática jurídica. Diferenciación entre:

- Enunciados emitidos desde un punto de vista interno del marco normativo, por aquellos que conocen el funcionamiento de las normas; esto es, los enunciados emitidos por los juristas.
- Y los enunciados que formula el lego en D.

Los enunciados de los dogmáticos serían del primer tipo, y presuponen la noción de aceptación del D válido que debe ser aplicado.

Para que exista un ordenamiento jurídico es necesario que haya un gran porcentaje de eficacia, que sea aceptado por el "staff" jurídico. Hart recoge de **Bierlieng** esta idea. Que es válido lo que es aceptado como tal. Sin embargo es suficiente, en la concepción de Hart, que sea aceptado entre los juristas y funcionarios y que sea obedecido por el resto de la población

Este es el concepto hartiano de "norma o regla de reconocimiento" que cumple, más o menos, con matices, el mismo papel que la norma básica, fundamental, de Kelsen. Pero Hart entiende que la norma de reconocimiento se manifiesta en una práctica social. Es más real que la norma básica de Kelsen, porque ésta establece la obligatoriedad de la Constitución.

En D anglosajón sería una "norma de reconocimiento", D válido, lo que promulga la reina en el Parlamento.

Son normas válidas de un sistema 'equis', las normas constitucionales de ese sistema, y todas las demás normas que no contradigan la Constitución. La Constitución sería una "norma o regla de reconocimiento". Las normas válidas para Hart, son normas que satisfacen las reglas de reconocimiento del sistema jurídico en su conjunto.

Cuando se dice que el ordenamiento jurídico es eficaz, se predica para Hart la eficacia del sistema jurídico en su conjunto. Xj: no es que todas las normas sean coercitivas; lo que es coercitivo es el conjunto de normas.

¿Cómo aborda Hart el problema clásico de interpretación – aplicación de la norma? Se sitúa en el punto de equilibrio entre:

- Los formalistas
- Los escépticos

El D, como sistema normativo formado por normas primarias y secundarias, no tiene un carácter cerrado, y una característica del lenguaje natural es la vaguedad potencial o textura abierta o porosidad de ese lenguaje. Esto es *ineliminable*: los lenguajes naturales tienen textura abierta. Su plasticidad permite que un mismo término incorpore significados y matices que no tuvo en su origen. Esto es, las mismas palabras sirven para ser acuñadas en distintas épocas sin tener que crear una nueva cada vez. Y es esto lo que explica que no se haya impuesto nunca un lenguaje artificial. Esto en parte es un inconveniente, pero, también en parte, es una ventaja. Solamente en sociedades puntuales, (como pueden ser las sociedades totalitarias, o la militar, o la terrorista, etc...) se consigue controlar el significado del léxico.

En cuanto a la interpretación de normas, hay:

- zonas claras
- zonas de penumbra. Por ello los conceptos jurídicos no se pueden definir con precisión, porque la zona de penumbra es imposible de cerrar

Según Hart hay que diferenciar entre:

- Casos fáciles. No hay lugar a la controversia en el discurso. El juez no ejerce su discrecionalidad, sino que acepta.
- Casos difíciles (también se les llama "casos erráticos", "casos calientes", etc.) caerían en esa zona de penumbra de la que hablamos y donde el juez ejerce su arbitrio, y a veces hay creación de reglas

4) Concepción iusnaturalista

Hay muchos tipos de iusnaturalismo en el siglo XX. El más persistente ha sido el de **John Finnis**. La forma más desacreditada ha sido el iusnaturalismo clásico o escolástico que se caracteriza por defender ciertos principios de D natural inmutables y la creencia de que estos principios son absolutamente necesarios para que el D

positivo sea válido. Principios que no dependen de la voluntad humana, sino de la divina, o del logos, o de la naturaleza de las cosas. Esta concepción del D es incompatible con la de los realistas, tanto de los positivistas como de los normativistas.

Pero puede ser, esta concepción, complementaria del formalismo. Y así han existido iusnaturalistas y formalistas, pero con la condición de que se cree D positivo que no contradiga a los principios naturales. Este discurso se implanta fundamentalmente en países de tradición cristiana, no precisamente católica, sino protestante, principalmente calvinistas.

Es una concepción que entra en confrontación con las características y realidades de la sociedad Noroccidental.

Tras el final de la IIGM, y sobre todo en países como Italia, Alemania, Austria, se conoció una especie de *revival*, de recuperación del discurso iusnaturalista, que fue seguido de una vuelta al positivismo mas cerrado (entre los años 45 y 52 la jurisprudencia era en clave iusnaturalista).

Pero desde el año 52 hasta muy avanzado los 80 el discurso iusnaturalista es minoritario, y a finales de los 80, en los 90, y ahora, y sobre todo en países como el nuestro, vamos a encontrar una jurisprudencia que se mueve en un discurso de principios.

Hasta finales del siglo XVIII, el discurso filosófico de la Europa continental era un discurso iusnaturalista. A partir de entonces, concretamente en la última década del siglo, se impone la filosofía iuspositivista. Antes había habido iuspositivismo, pero no fue un discurso hegemónico hasta finales del XVIII.

Después de la IIGM, y sobre todo después de la experiencia de los sistemas totalitarios, hay un renacer de la justicia material, del D natural.

Los iuspositivistas defendían el valor de la certeza, la seguridad jurídica. Pero certeza y seguridad no son valores siempre combinables.

[En Norteamérica la Justicia es como un iceberg. La parte visible es la justicia de los tribunales. Gran parte de las compañías llegan a un acuerdo sin pasar por los tribunales. Digamos que lo harán en la parte escondida del iceberg. De hecho, incluso la Justicia es deliberadamente lenta para forzar el acuerdo.]

La mayor parte de las Constituciones de después de la IIGM decían que tenía que haber un sometimiento a la ley por parte de las autoridades. Así xj, en la Ley Fundamental de Böhn. Y es que la ley positiva no es la única experiencia normativa. Hay un D supralegal que fijará unos límites a la acción del legislador.

El discurso iusnaturalista de después de la IIGM es un ius naturalismo "de la naturaleza de las cosas". Era un D Natural histórico. Creencia de que el actuar jurídico es conforme a la naturaleza de las cosas. Pero ya a partir de la segunda mitad del siglo XIX es necesaria la condición de la justicia para las normas jurídicas. Las normas no son jurídicas por ser justas, pero si no son justas, no serán jurídicas.

El iusnaturalismo de la naturaleza de las cosas tuvo especial arraigo en la Europa

continental, sobretudo en Alemania (**Hans Welzel**). Y entre los alemanes, principalmente los penalistas como **W. N. Hofeld**

Sin embargo, la concepción iusnaturalista que ha resultado mas vigente, a la larga, es la de las tesis de un jurista americano: **L Fuller**: en los años 50, precisamente en controversia con Hart, es la tesis del **Derecho Natural Procedimental**: no es un D de valores morales, religiosos, etc..., sino que se le atribuye un carácter procedimental. Constituiría lo que **Fuller** denominó "la moralidad interna del D".

Para **Fuller**, lo importante para entender el D, es el litigio, el procedimiento. **Fuller** critica pues, el normativismo, tanto el sistémico de Hart, como el Kelseniano. A **Fuller** le importan las formas básicas del orden social: los contratos, la legislación, la aplicación jurisdiccional del D, la interpretación jurisdiccional de la norma, etc. Y ello da lugar a diferentes clases de Derechos.

No quiere decir que el D no tenga normas, sino que las normas son artefactos, instrumentos para conocer el D. Esa es la finalidad de las normas. Y tenemos que conocer la finalidad de las normas, ya que éstas son como una técnica al servicio del D, no son un fin en sí mismas. La coerción, la fuerza, no ha de ser considerada como la característica definitoria de lo jurídico.

En el sistema, dice **Fuller**, es necesario que las normas cumplan cinco requisitos de carácter procedimental:

- ◇ carácter general por su destinatario. Esto no quiere decir que no haya normas cuyo destinatario sea particular, pero es la excepción. (xj: "Del Heredero de la Corona").
- ◇ Las normas deben haber sido promulgadas. En el pasado esto no era tan obvio aunque ahora, en n/cultura, sí lo es.
- ◇ No deben ser retroactivas. Sobre todo en aquellos tipos de normas restrictivas de Derechos, o en normas penales, o no favorables. ¿Y por qué?, Pues porque la norma se debe dirigir hacia el futuro, no al pasado. (Las normas favorables si pueden ser retroactivas, como ya sabemos).
- ◇ Las normas han de ser claras e inteligibles. No pueden ser contradictorias (antinómicas). Por eso todos los sistemas de D han ido generando un procedimiento que permite resolver las contradicciones o antinomias. Las reglas de D han de mantener cierta estabilidad a lo largo del tiempo. Esto es mas discutible y hay el conflicto:
 - que las normas se acomoden a la realidad
 - junto con la exigencia, no menos razonable, de que haya cierta continuidad y que proporcione seguridad jurídica.

Fuller decía que el sistema normativo tiene ventajas, pero ello no quiere decir que haya que renunciar a que las normas vayan adecuándose a la realidad cambiante.

- ◇ La aplicación de las normas ha de ser congruente con su formulación

Dos consecuencias importantes:

- que la existencia de un sistema jurídico es una cuestión de grado: es una finalidad, un objetivo que se alcanza en mayor o menor medida. Este requisito atiende a la moralidad interna.
- Puede existir un sistema de D válido pero que, sin embargo, contenga reglas contrarias a sus valores indiscutibles últimos y que por razones

institucionales, haya de atenerse a ellas, a esas normas injustas. Dice **Fuller** que existe la obligación de atender a esa norma injusta. Este requisito atiende a la moralidad externa.

El cumplimiento de estos requisitos procedimentales es compatible con reglas injustas en el sistema, aún cuando, como decimos, en líneas generales, tal sistema sea justo, Pero además, el sistema ha de tener un grado elevado de moralidad interna.

Otra importante distinción que **Fuller** en la moral:

- moral del deber, prescribe reglas básicas morales. Sin esta moral es imposible una sociedad ordenada.
- Moral de la aspiración o moral de la excelencia. Pues bien, para él, la moral interna del D, es de aspiración fundamentalmente.

Consecuencia es que **Fuller** se opone al criterio de demarcación que otros autores ven entre el sistema positivista y el sistema moral. Al menos en países como América, en donde para reconocer D válido apelan a Derechos morales y se basan en contenidos. Pero dice Fuller que no es posible trazar una línea clara de demarcación entre D y moral. Porque no existe división entre:

- el derecho que es (el positivo)
- y el que debe ser (el legítimo, el ideal)

Si se acepta esto supone una restricción al arbitrio judicial.

En Fuller, la discrecionalidad judicial ha introducido una mayor adecuación de la norma a la sociedad cambiante. Esto ha permitido el avance de una concepción antiformalista del D.

5) Concepción marxista acerca del derecho

Varios autores en clave marxista. Tiene cierta relevancia por la difusión que ha tenido en el siglo **XX** esta teoría.

Realmente **Marx** no tiene ninguna obra sobre D, pero en el conjunto de su obra si se puede elaborar un concepto de D.: 1ª nota a tener en cuenta: es una aplicación particular a lo político del materialismo dialéctico. El D se configura, en principio, como una superestructura, concebida con una base socioeconómica. No se puede afirmar que la sociedad se base en el D, sino más bien al contrario, que el D se basa en la sociedad.

Rasgos

- ◇ es una concepción del D empírica y metafísica. Se huye de cualquier manifestación iusnaturalista. La forma y el contenido del D, se considera modelado por la economía.
- ◇ Período de transición. Hasta entonces, el D al igual que el E, se considera un instrumento a favor de la clase económica gobernante y que así mantiene sometidas a las clases subalternas. Una clase explota a la otra. A esta tesis de condición burguesa, se opone la antítesis de la revolución, la lucha de clases, porque en éstas, los intereses e ideologías son contrapuestas. Será la revolución del proletariado que ha de servirse del D para aplastar a la clase burguesa y eliminarla.
- ◇ con el triunfo del proletariado habrá una nueva estructura de producción en la que desaparecerán las clases sociales. Tanto el D como el E irán al museo de las antigüedades

En la práctica esta interpretación marxista es aceptada como un Credo en Rusia y en los países llamados después países satélites, además de en algún otro.

Se asume con toda su consecuencia la condición clasista del D, por lo que habría que limitar el uso del mismo al período de transición, del capitalismo al comunismo.

Fundamentalmente, tres grandes tratadistas:

- **Stucka** (1865 –1932). Su obra principal es "*La función revolucionaria del D y del E*" (1921). Dice:

"El Derecho es un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales correspondientes a los intereses de las clases dominantes y tutelado por la fuerza organizada de esta clase".

Podemos distinguir en esta definición tres partes o elementos:

- ◇ "Sistema de relaciones sociales". Esto ha quedado determinado "a partir del momento que en la ciencia jurídica ha aparecido una corriente sociológica" dice el mismo Stucka.
- ◇ "correspondiente a los intereses de la clase dominante". En cuanto a este segundo elemento, el carácter clasista del D y del E estaba ya bastante claro en Marx y Engels
- ◇ "tutelado por la fuerza organizada de esta clase". Este tercer elemento, teniendo en cuenta que se refiere 'ante todo al Estado', no ofrece ninguna novedad, ya que es afirmado por numerosos autores y por Ihering especialmente, a quien Stucka cita expresamente

- **Pasukanis**, Eugenio. El segundo tratadista cronológicamente (1891 – 1937). Su obra principal es: "*Tª general del Derecho y marxismo*". Posición, en principio, análoga a la de Stucka, pero vinculándola a la economía. Entiende que el D reside esencialmente en las relaciones jurídicas, no en las normas. Aquellas son los primario, éstas lo secundario en el Derecho. Considera que el D en cuanto fenómeno social no se puede agotar en la regla, sino que la norma en cuanto tal es directamente inferida de las relaciones existentes. Para que haya D tiene que haber pluralidad de personas jurídicas relacionadas entre sí en un plano de igualdad formal, (aunque detrás haya desigualdades materiales). Para él, la versión ortodoxa marxista es una versión errónea, porque precisamente en la igualdad jurídica es donde debía realizarse un sometimiento a las reglas de todos.

- **Vysinskij** (1883 – 1954). Fue el principal teórico del D durante la época de Stalin. Subraya el papel que la voluntad y la superestructura política desempeñan en la teoría marxista y acentúa el papel voluntarista del Derecho. Dice que el Derecho burgués "es la voluntad de la clase dominante erigida en ley". Por tanto, define de nuevo el Derecho como *norma* o conjunto de normas, y pasan a segundo plano las relaciones jurídicas. Carácter normativo del D.

El Derecho soviético queda así esencialmente diferenciado del Derecho burgués y no se ve afectado por la inevitable desaparición de éste al implantarse el socialismo. Para él, la tesis de la desaparición inmediata del D es una tesis antimarxista. Y continúa: "el marxismo enseña que hay que utilizar el D como uno de los medios para transformar la sociedad humana sobre bases socialistas".

La teoría marxista del Derecho. En principio había seis tesis que son interpretadas de modo diferente por los llamados marxismo fuerte y marxismo débil. Estas seis teorías

son:

- ◇ El D tiene carácter clasista
- ◇ El D es un fenómeno histórico. Es una realidad social vinculada a ciertas formas de organización social
- ◇ El D representaría un papel subordinado dentro del conjunto social
- ◇ El D tiene carácter ideológico, favorece una falsa conciencia de la realidad de la relación social
- ◇ Rechaza frontalmente el modelo de Ciencia Jurídica, sobre todo la posterior a la Escuela de Derecho.
- ◇ Actitud de recelo frente a determinados valores que se dice que han de realizarse. Xj: valor justicia.

Son tesis genéricas que pueden sostenerse con diferente grado de intensidad.

◇ Carácter clasista del Derecho

- Valor fuerte del carácter clasista del D. Mero instrumento de los intereses de la clase social dominante.
- Valor débil: cómo detrás de la igualdad formal existen desigualdades naturales.

◇ Derecho es un fenómeno hco, una realidad social vinculada a ciertas formas de organización social. Esta segunda tesis fue sostenida en la primera mitad del siglo XX por Eugenio Pasukanis: el D no es sino una forma mistificada de un tipo de relaciones sociales entre poseedores de mercancías que, mediante contratos, se intercambian bienes equivalentes. Aquí vamos a encontrar cuatro visiones:

- ◇ El D se identifica con el D burgués capitalista. Los Derechos anteriores al capitalismo, serían formas pre-jurídicas.
- ◇ El núcleo del D es el D privado. No hay, en puridad, D público.
- ◇ El D es incompatible con una sociedad de individuos plenamente emancipados.
- ◇ En la fase de transición hacia esa sociedad, el papel fundamental no ha de jugarlo el Derecho, sino la política.
 - Lectura débil de la segunda tesis. – El D no es solo un fenómeno social, sino también histórico.
 - No solo el D sino sus categorías jurídicas, únicamente se comprenderán si no se las piensa históricamente.

◇ Papel subordinado del D en el conjunto social

- Lectura fuerte – Punto de vista economicista, común a la mayor parte de los teóricos del D marxista.

Sin embargo, si se postula la reducción del Derecho a términos económicos, esa tesis se compaginaría mal con la experiencia del D y del E en los años 60 – 70 en el Estado de bienestar.

- Se sostuvo que no hubo una determinación absoluta del D por la economía, lo que no impedía que el D influyese en la economía. Habría así una interacción entre ambos.

◇ Carácter ideológico del Derecho

- Versión fuerte – Que el D ofrece una falsa conciencia de las relaciones de producción.
- Versión débil – visión deformada de la realidad. Xj: contrato y salario, como figuras jurídicas serían casos paradigmáticos pues encubrirían, bajo la presentación de relación social, una relación de explotación.

Si se sostienen estas teorías en su versión fuerte es como negar que el D tenga lugar

en las relaciones del D. (¿?). no tendría sentido trabajar desde este punto de vista en una ciencia interna del . solo podría hacerse un análisis interno del D desde la historia psicosocial y antropológica.

Si se asumen las teorías en su versión débil, desde el discurso marxista cabe entonces construir una dogmática jurídica marxista.

Relaciones voluntarias – Se basan en el reconocimiento recíproco de libertad. Tienen por objeto:

- Intercambio de bienes y servicios
- Asociación de una pluralidad de personas con el fin de obtener beneficios económicos, sociales, etc...

Recíprocamente se limitan y complementan, por eso se dice que las relaciones voluntarias son de paz y colaboración.

Relaciones forzosas – Se basan en la fuerza. De una persona o de un grupo, sobre otro. En la relación forzosa, también la fuerza satisfará un interés: político, económico (explotación de una persona por otra o por un grupo, xj: explotación sexual) etc. Aquí no se da convergencia sino conflicto de intereses, que serán excluyentes y enfrentados.

La solución a este conflicto de intereses solo puede tener dos salidas:

- Sumisión – Como las fuerzas son desiguales, el mas fuerte somete al mas débil. Sucede en política, en economía, en el matrimonio...
- Lucha – Las fuerzas no van a ser absolutamente diferentes, por ello no hay relación de dominio entre el fuerte y el débil, sino enfrentamiento y pugna.

Estructuras sociales fundamentales o estructuras ontológicas de la sociedad.

- ◇ existencia de un tipo específico de relaciones sociales.
- ◇ presencia de un valor aglutinante en torno al cual se integra la mencionada relación.
- ◇ modo de conducta específico de esa estructura social.

La sociología contemporánea distingue los siguientes tipos de estructuras.

- Comunidad
- Sociedad
- Relación de lucha
- Y organización

1) **Comunidad – Ferdinand Toennies** escribe "Comunidad y sociedad", donde dice que la comunidad es una realidad social constituida por una asociación de personas en torno a algo que se tiene como común y que determina, entre esas personas, formas especiales de relación y de estrecha comunicación social. Lo que se tiene en común es un principio o un valor de signo altruista (amor, amistad, creencias, etc...), que determina el nacimiento de una conciencia de pertenencia a la comunidad; conciencia de un 'nosotros' superior a un fin particular. Ese criterio de pertenencia al grupo determina un "*Ethos*" social que genera pautas de conducta comunitarias y opera en una doble vertiente:

a)...¿?...

b) neutraliza los impulsos individualistas.

Por su naturaleza específica se dice (al menos, se dice por los sociólogos) que la comunidad es refractaria a D. Se dice que, donde hay un *ethos* comunitario no sería necesario el D, aunque luego se generan siempre reglas de grupo.

2) **Sociedad** – grupo de personas, con fuerzas iguales e independientes, intereses individuales que convergen, y por ello adoptan compromiso de asociarse para conseguir unos objetivos que sería imposible conseguir individualmente. En la sociedad el factor aglutinante no es un 'nosotros', ni nada común trascendente ni altruista, sino la convergencia de una pluralidad de intereses particulares, cada uno de los cuales busca su satisfacción. En la estructura societaria, al tiempo que se alcanza el fin social, permite también alcanzar alguno de los objetivos individuales. Por eso el instrumento formal de unión de una sociedad es el acuerdo, el contrato. Por su naturaleza racional, las normas de comportamiento de los socios se determinan para todos. Su máxima es "*Pacta sum servanda*", (a diferencia de lo que sucedía en la comunidad)

3) **Relación de lucha**. – Enfrentamiento entre dos o más personas o grupos cuyos intereses son excluyentes y antagónicos.

Mediante la lucha se impone el propio interés al del contrario. El interés del contrario no se reconoce. La lucha puede tomar dos formas:

a) La guerra. Existencia de dos o más grupos de personas enfrentados, que luchan por imponer su punto de vista. Su finalidad es imponerse al enemigo, incluso eliminarlo. Los principios que regulan la guerra son principios y reglas técnicas que indican que la fuerza no debe ejercerse de modo arbitrario sino bajo el control de la racionalidad. Estos principios son:

- el principio de economía (puesto que la fuerza es siempre un recurso escaso, ha de limitarse su ejercicio)
- el principio de la mayor eficiencia, que la fuerza se emplee allí donde el resultado vaya a ser mas efectivo.

La guerra puede terminar:

- Victoria/derrota
- Aniquilamiento del débil
- Pacto

b) Competencia. Es una confrontación sometida a reglas que convierte la lucha en una forma de vida social. Es una lucha institucionalizada. Aquí el D encuentra un amplísimo campo. Se manifiesta en muchos terrenos: en el campo de la economía tenemos el D Mercantil. En el terreno de lo político, tenemos el Derecho Constitucional...etc.

4) **Organización** – Agrupación de personas conforme a un plan racional que se adopta para alcanzar un fin común. En principio presupone la existencia de 4 o 6 elementos...

Concepción racional de un plan para conseguir un objetivo común.

Agrupación u ordenación de una pluralidad de personas para conseguir ese fin. Esto

implica el establecimiento, entre los miembros del grupo, de relaciones de coordinación y subordinación, por distribución de tareas.

un tercer elemento va a ser la existencia del poder preciso para agrupar a una pluralidad de personas. Poder cuyo origen puede ser:

- por imposición
- por consenso.

el cuarto elemento = Se exige la existencia de un régimen jurídico que regule todo lo anterior. Aquí destacan las normas administrativas y constitucionales.

Manifestaciones concretas:

- empresa mercantil, de lo privado
- ejército, de lo público

En sí misma, la organización se puede concebir como realidad independiente de la sociedad. De hecho, a veces, la organización es una superestructura que se solapa en una de las tres anteriores para vertebrarlas mejor. No cabe concebir una comunidad religiosa eficaz, sin una adecuada organización que implica una serie de reglas de D.

Lo mismo se puede decir de la relación de lucha. Por ejemplo, la lucha por el poder político sería inconcebible sin una organización de partidos.

La idea de Estructuras sociales fundamentales no es una construcción del pensamiento jurídico, sino del sociológico contemporáneo, cuyo fin es acceder a la realidad social. En la vida social lo que realmente existe es un orden social integrado por instituciones. El orden social institucional tiene una doble complejidad:

- estructural
- evolutiva

Complejidad estructural de las instituciones porque ninguna de ellas responde a un solo tipo de estructura social fundamental de las que hemos visto. Lo más normal es que tengan una estructura mixta, predominando alguna sobre las otras. En virtud de ese predominio, la denominaremos entonces organización, comunidad, etc.

Un ejemplo de esto anterior lo tenemos en Alemania. Dentro de la articulación del Estado alemán es posible diferenciar:

- una comunidad (de lengua y cultura)
- una asociación (federación de landers, de Estados).
- Una organización (cada E tiene una específica organización política)
- Y también hoy una relación de lucha (patente en los diferentes ámbitos de la vida social).

Las instituciones sociales son realidades dinámicas que experimentan cambios continuamente y evolucionan de una a otras.

El profesor Francés Gaudemet sobre el régimen jurídico del matrimonio, dice: En origen, su estructura, **xj**, fue societaria (así el matrimonio por interés o razón de Estado), pero puede evolucionar hacia una relación amorosa o de amistad. Y también se puede dar el proceso a la inversa: matrimonio por amor que termina en una estructura societaria, por intereses comunes (economía, hijos, sociedad...). En determinados supuestos, la estructura societaria de conveniencia se puede romper, y pasan a una relación de lucha (separación, divorcio, etc...)

El punto polémico para **Santi Romano** es la teoría normativista. En su obra "El ordenamiento jurídico" se lamenta de los errores de la misma. (Que por otra parte, esta Tª normativista, era la mayoritaria, la hegemónica).

Precisamente es en su obra "El ordenamiento jurídico" donde se vierte el p.v. institucionalista.

Obra traducida a muchas lenguas.

El único gran jurista no italiano que destacó esta obra de Santi Romano fue **Karl Schmitt** .Decisionista. (Ver en http://www.politica.com.ar/Filosofia_politica/negretto-schmitt_y_decisionismo.htm)

Vinculación de **Santi Romano** con la experiencia totalitaria italiana(fue el Presidente del Consejo de Estado de la República Social Italiana.

Dos Teorías en la doctrina de **S.R.**:

- Tª del D como **Ix**, que se contrapone a la Tª normativa.
- Tª de la pluralidad del ordenamiento jco., que se contrapone a las Tªs monistas

Hasta hace poco se discutían las dos Tªs conjuntamente, pero no hay entre ambas ningún nexo necesario, como tampoco lo hay entre los monistas y los normativistas.

En su Tª **Santi Romano** no define claramente la palabra **Ix** nunca. Se refiere a elal de diferentes formas pero no queda claro qué es lo que es.

Lo que entiende por institución (**Ix**): El concepto de D debía contener el concepto de sociedad, y en dos sentidos complementarios:

- (En el sentido latino) – Allí donde hay D es porque previamente hay relaciones sociales.
- Y el aforismo inverso – No hay sociedad sin que en ella no se manifieste, aunque sea de forma rudimentaria, un conjunto de reglas.

En su Tª hay, pues, una idea de orden social. Toda manifestación social, por el mero hecho de serlo, corresponde a un orden.

Hay un tercer elemento que es la organización. Es ésta la mot clave para **S.R.** Un sistema jco. no nace de la voluntad sino de una organización social. Es estructura, organización ordenada de la misma sociedad.

Por tanto, los elementos que constituyen el D son básicamente tres:

- Sociedad como base.
- El orden, como fin.
- La organización, como medio.

Santi Romano dice que: "Existe D cuando hay una organización en una sociedad ordenada" o bien "cuando hay una sociedad ordenada por medio de una organización" o "cuando hay un orden social organizado". Y esto anterior es a lo que **Santi Romano** llama ***Institución***.

De los tres elementos, el más importante y decisivo es el 3º: la organización.

Los dos primeros son condiciones necesarias pero no suficientes. Sólo la organización es necesaria y suficiente.

Esta Tª de la Ix es una teoría que pone el acento en un valor jco. diferente al valor jurídico por excelencia que, hasta entonces, había sido la seguridad.

El valor de la Tª de la Ix. es el orden.

Esta Tª fue muy bien acogida por sociólogos y antropólogos.

Al intentar relacionar D y organización Santi Romano no pudo hacerlo con propiedad. Lo haría mas tarde **Hart** que va a desarrollar el concepto de norma secundaria.

La Tª de la **Ix** recurre a un concepto vago de organización y es que le faltaba la noción de norma de segundo grado que sólo desarrollaría **Hart** en los años 60.

Por medio de la organización se pasa de una fase inorgánica a una orgánica. (Una asociación para delinquir, en cuanto que crea su propio D, es una **Ix.**: camorra napolitana, mafia siciliana...Hay pues **Ixs** que generan un sistema normativo, a pesar de lo injusto, ilegítimo, arbitrario que pueda ser).

institucionalización. Es el fenómeno del traspaso de un grupo social no organizado (inorgánico) a un grupo orgánico u organizado,

Aquí hay una incongruencia, según lo dicho por **Santi Romano**. Pues se podría aceptar la máxima:

"allí donde existe un sistema jurídico, hay sociedad",

pero no se puede admitir lo contrario:

"allí donde existe una pluralidad de sujetos, hay D".

El mérito de **Santi Romano** fue ampliar las fronteras jurídicas, más allá del modelo de Estado nacional soberano que, hasta ahora, se pensaba que era su continente formal.

Se unía D con E.

Mientras que con la **Tª Institucionalista Santi Romano** abre este campo.

Por ello esta Tª fue bastante aceptada.

El fenómeno organización, pues, es el elemento esencial para distinguir una sociedad jurídica de una sociedad no jurídica.

Santi Romano rompe la Tª totalitaria del D. Aquella que ligaba el D al E, y el E al D.

Entonces hay una chocante conclusión:

que también la asociación para delinquir es una **Ix**, porque tiene un orden jurídico.

A favor están los que dicen que, históricamente ha habido muchos Estados que han actuado con abusos, engaños, etc..., como lo hacen las asociaciones para delinquir. Muchos ordenamientos jurídicos no se dirigen a realizar justicia, sino a transgredirla.

La Tª estatalista del D surge con el nacimiento de los primeros Estados, a finales de la Edad Media.

A veces, en un mismo territorio, había dos o más sistemas de comportamiento vigentes:

- por encima del D del Estado, existían ordenamientos jurídicos universales: Iglesia e Imperio. Ficción que se mantuvo hasta la Edad Moderna con Carlos V.
- por debajo, existían ordenamientos jurídicos particulares: feudos, señoríos, etc... Y también la familia, en estos momentos, se consideraba como un ordenamiento jurídico.

El Estado nacional soberano llega y monopoliza la que consideraba "legislación superior" y no reconocerá otra legislación superior que la de él mismo.

La formación del E moderno da lugar a la formación de un poder coactivo cada vez mas centralizado.

Como consecuencia va a haber una eliminación de cualquier centro de producción jurídica que no sea el propio Estado.

Y esto lleva a identificar el D con el que emana del propio Estado.

Esta era la creencia hegemónica.

La elaboración técnica mas acabada de este proceso se encuentra en la Fª del D de **J. G. Hegel**, donde el E es el sujeto último y único del D.

Obediencia incondicional al E. Esta es la visión estereotipada de la Fª del D de **Hegel**.

Ahora se piensa que **Hegel** no era tan partidario del E, sino que tuvo que acomodar su teoría al Estado prusiano y a éste se adecuan sus lecciones.

La doctrina de la Tª de la Ix representa una reacción contra el 'estatalismo'.

Y por ahí comenzaron los tratadistas, los teóricos del D, a oponerse al estatalismo.

Nace la doctrina de la Tª de la Ix por lo siguiente:

Por una parte: revalorización de la tradición cristiana, que refleja las tendencias de las concepciones socialistas libertarias... (habla aquí de Proudhon..., de Hauriou... Ver en otros apuntes)

Tª de la Ix como ideología promueve ciertos modelos de conducta, ciertas acciones, y... (falta)

Tª de la Ix como teoría científica, que en principio ofrece medios o modelos para explicar y abordar el estudio del D.

Polémica entre pluralistas y monistas (sólo el E puede crear D).

Los Institucionalistas son los pluralistas: existen varios creadores de D. (esta Tª pluralista es mas acertada, dice el Sr. Decano).

Considerar al D como **Ix** es mas correcto que considerarlo como conjunto de normas.

Dos salvedades a la Tª de la Ix:

◇ La Tª de la Institución cree estar combatiendo a la Tª normativista, pero se puede ser normativista y no estatalista y al revés, aunque de hecho muchos normativistas sean estatalistas.

La Tª estatalista es una Tª, en suma, normativista restringida.

◇ **Santi Romano** escribió que el D antes que norma es organización. Afirmación discutible ya que organización supone una distribución de funciones de forma tal que cualquier miembro de la sociedad participe en lograr un fin común según sus capacidades. Es una distribución de tareas que necesitan normas de conducta para tal distribución de funciones.

No es cierto pues, que la organización sea anterior a las normas, sino que mas bien las normas son necesarias para una organización.

La **Ix** nace allí donde nace una cierta regulación de las conductas individuales.

Además, una disciplina es el resultado de una reglamentación de un conjunto de normas de conducta.

Tres cosas:

- Que se determinen los fines propios de la **Ix**.
- Que se establezcan los medios para lograr aquellos fines.
- Que se distribuyan las funciones específicas de cada miembro del grupo para que cada uno colabore tendiendo a un fin.

Pero esto no se puede hacer sin unas normas, reglas, etc...El proceso de Institucionalización y el proceso de reglamentación de conductas no pueden ir separados. Donde quiera que haya uno, habrá el otro. Si Ix equivale a ordenamiento jurídico, éste equivale, en cierta medida, a sistema de normas.

Por tanto, en su visión mas compleja, la teoría Institucionalista mejora a la Estatalista.

Máximo Severo Giannini, en "Acerca de la pluralidad de tratamientos jurídicos", decía que puede haber normación sin organización (clases sociales), pero no puede haber organización sin normación.

Ninguna **Ix** puede ser creada sin producción de reglas. Por tanto, esto es importante para crear **Ix**.

La Tª de la **Ix** ha tenido el gran mérito de que se puede hablar de D mas allá del orden jurídico estatal. Por tanto, el D no es 'normas', sino "un conjunto ordenado de normas".

La Tª del D ha ido transformándose cada vez más de Tª de la norma a Tª de la formación del ordenamiento jurídico.

6) Otras contribuciones interesantes

Ferdinand Lasalle. "Programa de los trabajadores" (1972). Las instituciones jurídicas han de constituirse sobre la base de la realidad social existente.

Otra contribución importante al socialismo:

Antón (1903) "La nueva Teoría del Estado". El Derecho, en lugar de ser una superestructura de las condiciones económicas de la sociedad, es una variable independiente de esa misma sociedad.

Otra aportación importante:

Karl Renner (1870 – 1950) Discípulo de Kelsen, llegaría a presidir la República Austriaca después de la IIGM. Analiza las instituciones jurídicas y su relación con el cambio social = de esto se ocupó en su tesis doctoral. Su principal aportación fueron las definiciones de Derecho y de Sociología jurídica.

En cuanto a la Tª del D como relación jca:

(mirar aquí des la página 314 hasta final 318)

Los filósofos priman la concepción de la relacen jurídica.

La función primaria del D tendría que ser la de las relaciones intersubjetivas.

Es importante este elemento, la intersubjetividad.

La moral, xj, es Principalmente intersubjetiva.

La economía relaciona al hombre y a las cosas. Solo el D pone a las partes en relación entre sí.:

Es algo bilateral puesto que a un D subjetivo siempre corresponde un deber de otro.

Estas tres Tªs del D...

- ...como norma
- ...como Institución
- ...como relación jca.

...se complementan entre sí.

SEGUNDA PREGUNTA (o razón): La disputa sobre la denominación «Filosofía del Derecho». La Filosofía del Derecho como concepto histórico. La aparición del término Filosofía del Derecho en el tránsito del Iusnaturalismo al Positivismo jurídico.

F XVIII XIX El rótulo `Fª del D' aparece diferente al de `Fª Natural'.

Hay quien cree que el concepto de F^a del D es un concepto histórico y no formal. Y que no se tiene que hablar de F^a del D antes del siglo XVIII, (aunque ya desde la época clásica se trataba el tema), que será cuando aparece el rótulo en contraposición al de Ius Naturalismo.

El término F^a del D aparece en una obra llamada Filosofía del derecho Positivo, en 1798, del profesor alemán **Gustavo Hugo**. Y aparece en una época en la que el pensamiento europeo pasa de ser iusnaturalista a positivista.

Hay una coincidencia cronológica entre la aparición del término Filosofía del D, y el cambio de pensamiento.

Dualismo jurídico:

- D iusnaturalista ley físico – material.
- D positivista ley de los nombres.

Estas concepciones convivieron hasta el XVIII.

El D positivo debe atender al D natural, y si no, el D positivo no existe o no es válido (iusnaturalismo radical). Esto se entendió así hasta finales del siglo XVIII. En última instancia, el D que daba legitimidad al D positivo era el D natural.

Actualmente esta es la teoría que hoy importa en España (mayoría positivista).

Cuando aparece la Filosofía del D, es como disciplina jurídica en las Universidades, se cuestiona si esta denominación consiste en la reflexión filosófica del D positivo. Para los positivistas el único D que hay es el positivo, es decir, el contenido por normas y reglas. En un primer momento se entiende así la Filosofía del D., es decir, como positivista.

El *iuspositivismo* era la teoría dominante en esos momentos.

El rótulo de F^a del D se explica por el hecho de que Hegel acoge esa posición (iuspositivista). Emerge así una forma de reflexionar sobre la F^a del D que no tiene precedente.

Los supuestos hcos – conceptuales de esta nueva disciplina son tres:

- 1º Influencia, proyección de lo laico sobre el pensamiento jurídico.

Lagarde? : Nacimiento del espíritu laico.

Este espíritu laico toma cuerpo con la ruptura producida por el protestantismo.

Diferencia entre:

- Discurso moral
- Pensamiento jurídico
- 2º Separación de los conceptos D y M en el pensamiento jco racionalista:

Tomasius, Kant, etc..

Esto supone la idea de que en etapas anteriores de la cultura había una indiferenciación, un magma entre las reglas de **D** y **M**. Era muy difícil discriminar

entre sus normas.

La diferenciación nos vendrá con el pensamiento secularizado del racionalismo, en la Escuela de **Groccio, Tomasius**, etc...

· **3º La ontologización del D positivo.**

El D es positivo. Y cambia en el tiempo y/o en el espacio, o no es D.

Es un D contingente.

Y es en este momento cuando se impone el término de **Fª del D** = va a ser una reflexión sobre el D positivo.

Gustavo Hugo :

Fª del D positivo

Así que hablar de la Filosofía anterior a esta época denominándola **Fª del D**, no resulta correcto. Sería un modo de hablar admisible por el uso, pero sólo se legitima teniendo en cuenta, sabiendo que no es lo adecuado. Era la forma monista frente al dualismo de ahora :

- D Natural
- D positivo.

El discurso anterior sobre la **Fª del D**, estaba o se encontraba imbricado en la moral, en ideologías.

Francisco Suárez:

Ensayo de la Metafísica.

Desde la antigua Fª, **xj** en Aristóteles = Metafísica.

A partir de **Suárez** se convierte en disciplina autónoma :

Tratado sobre leyes y Derechos legislados.

Aquí, pone de manifiesto la conexión entre D y Moral.

Esta conexión entre D y Moral la mantiene **Leibnitz**, el cual compara:

· la Teología Dogmática
· con la Dogmática Jca.
· La Teología Dogmática opera con la Fª Natural,
mientras que...

- la Dogmática Jca opera con la 'ratio'. Como buen jurista. Se opera con el texto.

Pedro Abelardo ¿? Acuña la expresión **D positivo** (=D 'puesto').

En la cultura de entonces se intenta aunar la naturaleza con la religiosidad cristiana.

(ver cosas de Leibnitz).

La F^a tradicional es una F^a perenne.

Ahora se arranca de los conceptos católicos para llegar a los conceptos jurídicos.

Decía **LUTERO** que el buen jurista = era un mal católico.

Como consecuencia de la doctrina hay una reforma de la vida sobrenatural. Esta se despoja de toda referencia a la justicia.

Se produce entonces la separación entre :

– obligaciones morales

– obligaciones jcas.

Hay una separación entre Derecho y Moral.

Es en Santo Tomás donde se encuentran todos los elementos aprovechables para diferenciar entre **D** y **M**.

Y es en la segunda escolástica donde esto se va a desarrollar, pero existiendo una relación jerárquica entre ambos: primero es la Moral, después el Derecho. Esto es, hay una subordinación del Derecho a la Moral.

Y es aquí donde se encuentra la separación entre **D** y **M**.

Pero solo impone esta distinción entre conductas exteriores. Y esta imposición es para los descreídos (no se impone a los creyentes, puesto que se supone que éstos actuaban bien (¿?)).

Separación entre **D** y **M**, por ejemplo, en **Puffendorf** y **Tomasio**.

Todo lo que es de ley, imposición de conductas o abstenciones..., es **D**, mientras que todo lo demás es moral (lo que pertenece al interior de las personas, a lo que el sistema no puede llegar, es propio de la moral).

Y ya se van a analizar por separado :

- **D** = fuero externo
- **M** = fuero interno.

En el ámbito del **D**, de lo jurídico, está :

La Escuela Hca del D, que en lucha con los nacionalismos inicia la ontologización del **D**

Cuando el **D** natural racionalista se positivizó, se convierte en regla que va a informar la política, y se llamará ontologización de...(¿?).

Decía **Bobbio** que esto anterior significó intento importante de construir una gran ciencia del **D** fuera del **D**.

Por tanto hay :

Un saber científico, pero no hco. de lo que el D es,

Y un saber no científico.

Desde el momento en que la ciencia se considera mas rigurosa y exacta, todos los estudiosos han reclamado para su disciplina el epíteto de 'ciencia'.

A PXIX se reclama la condición de ciencia para el Derecho.

Antes, los juristas., no tuvieron problemas sobre reclamar como ciencia el Derecho, pero es que a partir de FXIII, el objeto del estudio jco. Cambia, y entonces, para evitar ser descalificados por los científicos, buscaron ciertos elementos: los conceptos para valorar la realidad, y que perduren.

Método comparativo

El D Comparado como disciplina académica, se desarrolló mucho en nuestra Universidad (Alcalá), por influencia de **Bentham** (¿?).

El primer tratadista de D comparado fue **Aristóteles**, que recogió diferentes Cxs y las comparó.

A nosotros nos ha llegado sólo la Cx ateniense. Las demás se han perdido.

Los glosadores trabajaban sobre el D Romano tardío.

La Pandectística es un trabajo semejante al de los glosadores.

En torno a textos de reconocida autoridad. No sólo bajo influjo de la escolástica temprana, sino que hay obras de la segunda escolástica que son obras que, por primera vez, intentan disponer la materia del estudio del D de forma sistemática (esto ya lo hacía **Cicerón**)

Las SUMMA–AE: se discutían las cuestiones con sus pros y sus contras son obras que hoy se consideran que encajarían en la ciencia jurídica.

La escolástica trató de ofrecer un orden y un sistema que no coincidía exactamente con lo que había en el orden justiniano.

Es la generación de la segunda glosa, de los comentaristas.

La Ciencia sistemática del D es creación de la escolástica medieval. El D estaba muy ligado a la Teología. Ambos trabajaban sobre materias que le venían dadas:

- Sagradas Escrituras
- Lx Justiniana (que se trabajaba sobre el D Romano).

La dogmática toma cuerpo en la C del D.

¿Una Dogmática es una Ciencia?. Porque ahora, en nuestra cultura, hay contradicción en este sentido.

El rótulo Dogmática se acuña a pXIX (época positivista) pero la idea es anterior.

Cuando los juristas se denominaron a sí mismos `dogmáticos' en D, el término no tenía el sentido peyorativo que hoy tiene. Dogmáticos eran los que creían en determinados principios.

Thomas S Khun, uno de los grandes de la Fª contemporánea, escribió entre otras obras = *La función del dogma en la investigación científica*

Nos dice aquí que el dogma no es algo exclusivo de la no creencia.

El jurista se ocupa del D positivo.

La dogmática aspira a ordenar y comprender una materia que ya nos viene dada.

Únicamente desde el humanismo se extendió esa visión, diferenciándose entre Historia y D Natural.

El positivismo científico, no el jurídico, ha considerado que la C del D no es una ciencia porque no responde a los estándares.

Habría que aplicar métodos propios de las Ciencias y conseguir un saber cierto y empíricax identificable. Y las afirmaciones de los jtas no son empíricamente identificables sino que se mueven en el área de las opiniones.

En la 2ª mitad del XIX: Tª General del D., cuyos supuestos están vinculados al positivismo

La Tª General del D es la de los Conceptos jcos fundamentales, cuyo objeto es descubrir y reducir a sistema los conceptos que la ciencia no explica, y el método para llegar a esa Ciencia es el empírico, unificando y describiendo lo permanente.

Es parte pues, de la C Jca., pero también está fuera de ella, la trasciende.

No es Ciencia, sino Fª del D, pues así aparece en el sXIX, donde Fª del D, sería la infancia del conocimiento jco.

Último tercio del XIX : vuelta a Kant frente al positivismo; son los neokantianos.

Ese movimiento de vuelta a Kant es el de recuperación del discurso no positivista del D. Mas tarde lo seguirá **Kelsen**.

En este tema del movimiento de vuelta a Kant, se trata de superar el positivismo, pero aceptando las afirmaciones asentadas no discutibles del positivismo.

Stanmler(¿?), es el principal neokantiano. Habla del D natural histórico

TERCERA PREGUNTA (o razón): La condición problemática de la Filosofía del Derecho como nota constante y singularizadora de esta investigación. La metafilosofía y la perifilosofía y su desarrollo en los últimos decenios.

Esta tercera pregunta hace referencia a otra razón que dificulta la definición de Fª del

D. La reflexión filosófica es autocrítica. Se cuestiona a sí misma.

En la antigüedad clásica el discurso filosófico era diferente de otros: se cuestionaba su propio discurso; esto es, que el filósofo ponía en cuestión la validez de su propio discurso. Esto, en principio, honraba a la F^a, pero en n/días degenera y termina siendo un discurso sobre la propia reflexión.

En primer lugar, vemos ya este carácter problemático desde que nos referimos a los orígenes de la F^a, en cualquier Historia de la F^a Griega, hasta finales **XIX**.

Se reconoce a **Tales de Mileto** como el primer filósofo europeo, de la F^a europea.

Los orígenes se remontan a la franja Este griega, lo que hoy es Jonia, en el **VI** a.C.

Con la Escuela de Mileto se abre el período de los pensadores.

En esa parte de Asia Menor existía un anhelo del saber por el saber. No explicando la realidad por intervención divina.

Antes de **FVI** este impulso del saber por el saber se traslada hacia **W**. Hacia la Magna Grecia.

¿Y qué se entiende por F^a griega en su concepción originaria?.

La F^a se desarrolla cuando se ve que el caos oculta un orden subyacente producto de distintas fuerzas superiores.

Dos mentalidades:

La del hombre prefilosófico que va a explicar la realidad que le rodea por causalidades, a merced de fuerzas superiores que a veces actuaban ilógica e injustamente. Estas fuerzas, en principio, eran la expresión de divinidades superiores. Todo lo que sucedía tenía una explicación: los impulsos, la pasión, la locura, el capricho...todo se explicaba por hechos de los dioses.

En la época nuestra existe la creencia de que los hombres (que hasta ahora estaban dirigidos por los dioses), son más racionales. Se abandona la explicación religiosa conscientemente. La explicación del mundo se racionaliza.

Tales, Anaximandro, etc... fueron los primeros. En aquella época, Mileto era un centro muy importante. Era como la metrópolis de 90 colonias.

La fuente y el origen de la reflexión filosófica fue el asombro, la curiosidad desinteresada...

Los pueblos orientales, **xj**, el Egipto de 1000 años antes del origen de la F^a ya habían aplicado diferentes sistemas para hacer más fácil la vida. Pero en

Egipto no floreció la F^a porque no era para ellos un saber orientado hacia el conocimiento práctico.

Filosofía = amor al conocimiento. Su cuna fue Grecia. No nace por exigencias de

necesidades prácticas sino que aparece cuando las necesidades elementales han sido cubiertas y donde no existían religiones que encorsetaran los pensamientos.

Hobbes: "El ocio es la madre de la Fª"

En el **XX**, los importantes descubrimientos acerca de la *psiques*, abrieron una nueva visión de la Fª. Pero en cierto modo, aún somos griegos en esto ya que algunas de aquellas reflexiones aún hoy nos son útiles.

Pero en el siglo **XXI**, la Fª se ocupa sólo de justificar su propia existencia. Acerca de la Fª, de la Metafilosofía, de la perifilosofía, etc..., que tienen por objeto el por qué se puede hacer Fª en esta n/época tecnológica. Esto ha determinado en la última década:

- La Metafilosofía
- La Perifilosofía (término que acuñó el profesor español **José Ferrater Morgan**, que después se exilió a EEUU.

El carácter problemático de la Filosofía se ha agudizado mucho en nuestro tiempo.

La Fª del D es una disciplina bifronte, resultado del encuentro de dos modalidades de conocimiento:

- El Filosófico
- El Jurídico

Lo que provoca cierta dificultad a la hora de regular su naturaleza

Porque no todas las concepciones filosóficas admiten proyectar su discurso en diferentes formas de la realidad jurídica, y no todas las concepciones jurídicas consideran admisibles la proyección filosófica.

Así, esto no cabe en las concepciones de Fª ensimismadas, como nos dice el Profesor Gustavo **Bueno**, de Oviedo: "no cabe una proyección hacia fuera de aquellas filosofías ensimismadas o exentas..." = que son las que pretenden abstraerse en su desarrollo de las realidades históricas y centrarse en la reflexión de verdades últimas. Es decir, que si la Fª es ensimismada o exenta, no se puede proyectar al D.

Desde este p.v. el D es especulación lógica, no se parece al D que existe en la experiencia. Esto es, un D totalx diferente de lo que el D realmente es.

Tampoco se admite este carácter bifronte de las doctrinas jurídicas que postulan la recepción del estudio del D circunscrito al estudio normativo del D. Conciben el análisis del D como un análisis *autopoiético*. **Niklas Luhmann**, que apoya el estudio de las normas desde las propias normas. **Niklas Luhmann** defendía que el sistema normativo era *autopoiético*. (Autopoiesis = productor y producto son la misma cosa).

Kelsen opina que un concepto filosófico del D es científicamente inadecuado, tanto como lo pueda ser el intentar un concepto médico de la arquitectura, o uno económico de la medicina. La teoría kelseniana se ha hecho notoria: 'un concepto no jco del D es inadecuado'. El concepto de D es normativo o no es D.

Tanto desde un enfoque cerrado de la Fª como desde un enfoque cerrado del D, no se puede admitir una dimensión bifronte, no se puede admitir que la Fª del D sea un cruce de ambas disciplinas. Así, es inconcebible :

- tanto que la F^a se repliegue en sí misma,
- como que el D se cierre en Autopoiesis y no admita otro análisis normativo.

El Sr. Iturmendi sí que defiende a una F^a que tiene un carácter de encrucijada (= término que también evoca en nuestra lengua la situación conflictiva y problemática en la que se encuentra alguien o algo).

Esto es lo que se puede predicar de la actual F^a del siglo **XXI** = que es un tipo de saber que está en la encrucijada.

Actualmente, parece que la F^a no ofrece las respuestas adecuadas a una sociedad que está continuamente en cambio.

La F^a desde el principio es una forma de reflexión sosegada. Y es un saber que avanza despacio, demasiado despacio para poder resolver con rapidez los prbs. característicos del presente.

El profesor **Karl Otto Apple** afirma que la F^a no es un conocimiento que pueda ofrecer pauta de comportamiento que solucione los problemas inmediatos surgidos en el presente.

Kant, en su obra "*En torno al tópico: tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica*" (1793), salió al paso de, quienes en tono desdeñoso, dicen que la F^a no sirve para interpretar la práctica.

Frente su actual (sXXI) infravalorización, existen muchas referencias, alusiones, a la F^a, que no siempre son correctas. Hay un abuso del término 'F^a', se ha trivializado, y se ha convertido (la F^a) en un producto más del mercado. La F^a es el recurso a estrategias fundadas en motivos técnicos por aquellos que han de tomar decisiones.

(**Marcuse**: "El hombre unidireccional")

Ambivalencia en la F^a actual.

- F^a – consumo (Freud, Jung, etc...).
- Pero, como contrapartida, los clásicos han retornado a la vida.

La intencionalidad de las filosofías clásicas, ha sido reconducida hacia la banalidad del saber popular.

La F^a de n/tiempo se encuentra en una encrucijada:

- Entre el desdén de quienes dicen que es una reliquia del pasado
- Y de quienes la consideran como un medio para solucionar problemas actuales, como criterio para iluminar las situaxs del presente.

También hay quienes la ven como un medio para mejorar su apariencia cultural = (F^a del prêt-a-porter)

¿Por qué la F^a en n/días es una forma de reflexión que está en crisis? ¿Cuáles son los motivos de esta crisis? Los motivos de la crisis de la F^a en el momento actual parten de su propia actitud crítica sobre la utilidad de sus discursos. Esto es, que la reflexión filosófica se cuestiona su propia validez, y por ello, porque se cuestiona a sí misma, pone en cuestión la valoración filosófica y su discurso.

La F^a a lo largo del tiempo ha sido muy pródiga en la reflexión sobre sí misma, por tanto no necesitó la crítica de otras ciencias.

A FXX – PXXI esta tendencia aumenta por lo que se produce una total dispersión del discurso filosófico.

Norberto Bobbio, en su "*Introducción a la F^a del D*" sugiere que esta crisis no es un fenómeno exclusivo del presente. Que no es algo únicamente de la F^a del XX. Se ha dado en todas las épocas, existe desde siempre, ya que es algo propio del devenir mismo del pensamiento filosófico.

En las etapas de la F^a vamos a asistir a un desarrollo cíclico:

- Posición crítica.
- Posición metafísica.
- Posición agnóstica.

En la posición crítica, hay un análisis y propuesta de criterios metodológicos

En la pos. metafísica hay una crítica de los grandes sistemas de pensamiento.

En la pos. agnóstica: cuestionamiento, crítica y disolución de las construcciones sistemáticas de pensamiento.

Y siempre a lo largo de la F^a se producen estas tres etapas. "El proceso evolutivo de la F^a conduce siempre a su propia disolución". Los filósofos posteriores buscan siempre el abandono de la F^a anterior. Los motivos que van a explicar esta crisis cíclica:

- La F^a es un conocimiento que está flanqueado por otras dos formas de saber:
 - La religiosa
 - La científica

Largo empeño de la F^a por no confundirse con la religión y para no diluirse en la ciencia. Históricamente ha luchado por no verse absorbida ni incluida ni en una ni en otra.

– Cuando la F^a se 'independiza' de lo anterior, estaremos en las etapas de desarrollo.

– Cuando es una sierva de religión = crisis.

A veces la F^a traspasa los límites propios de su ámbito llegando a confundirse con otros saberes como pueden ser el religioso o el científico. Esta situación puede llevar a su negación (post-racionalismo y demás corrientes negadoras de FXX). El arbitrio de la voluntad y el culto al yo sustituye al pensamiento filosófico. Este es el punto de vista del que participan la mayor parte de los irracionalistas. El irracionalismo niega el discurso racional de la F^a convirtiéndola en una especie de saber místico secularizado. También se niega la F^a cuando se solapa con:

- El positivismo del sXIX.
- Con neo-positivismo lógico del sXX. Proceso de absorción de la F^a por la ciencia.

Bertrand Russell :

F^a es lo que no se sabe

Ciencia lo que se sabe.

Dice que existe un amplio campo de la F^a, (el del deber ser, de los valores), que no puede ser explicado por la sola ciencia.

Desde el nacimiento de **Hegel**, la negación de la F^a va creando mas adeptos (Schopenhauer, Comte, Nietzsche,...)

August **Comte**: "Ley de los tres estados" = La humanidad en su conjunto y el individuo como parte de ella, está determinado a pasar por tres estados sociales diferentes que se corresponden con distinto grado de desarrollo intelectual:

- El estado teológico o ficticio.
- El estado metafísico o abstracto .
- El estado científico o positivo.

Este tránsito de un estado a otro constituye una ley del progreso de la sociedad, necesaria y universal porque emana de la naturaleza propia del espíritu humano.

Según dicha ley:

En el estado teológico el hombre busca las causas últimas y explicativas de la naturaleza en fuerzas sobrenaturales o divinas, a través primero del fetichismo y, mas tarde, del politeísmo y monoteísmo.

A este tipo de conocimiento le corresponde una sociedad de tipo militar, sustentada en las ideas de autoridad y jerarquía.

En el estado metafísico, se cuestiona la racionalidad teológica, y lo sobrenatural es reemplazado por entidades abstractas radicadas en las cosas mismas (formas, esencias, etc,...) que explican su por qué y van a determinar su naturaleza.

La sociedad de los legistas es propia de este estado, que es considerado por **Comte** como una época de tránsito entre la infancia del espíritu y su madurez, que corresponde ya al siguiente estado, al positivo.

Estado positivo, donde el hombre no busca saber qué son las cosas, sino que, mediante la experiencia y la observación, trata de explicar cómo se comportan, describiéndolas fenoménicamente e intentando deducir sus leyes generales, útiles para prever, controlar y dominar la naturaleza y la sociedad en provecho de la humanidad.

A este estado de conocimientos le corresponde la sociedad industrial, capitaneada por científicos y sabios expertos que van a asegurar el orden social.

En el último tercio del siglo **XX**, se ha negado radicalmente la posibilidad de cualquier forma de conocimiento que se aleje de la científica.

Neopositivismo = "El campo de la F^a es el de la representación de los objetos. Sus objetos son las proposiciones, los conceptos y las teorías de la ciencia". Esta determinación de la F^a la realizó por 1^a vez **Wittgenstein**. El neopositivismo 1^o

entiende que el discurso fco va a extinguirse. Según esto, la F^a sería un saber superfluo que no aporta nada a la ciencia, lo que supone la muerte de la F^a.

A mediados de los años sesenta (sXX), un pensador vinculado al existencialismo, Martin **Heidegger**, se cuestiona cual es el saber que aporta la F^a. La F^a ha de indicar el sentido último a la vida. Pero en el momento actual, la tecnología y la ciencia han adaptado la primacía que ostentaba antes la F^a.

El anuncio del final de la F^a se debe a que la F^a ha renunciado a su funx mas capital que era explicar la vida y el mundo, entregando su estudio a otras disciplinas.

Ortega y Gasset tenía una opinión diametralx opuesta = racional vitalista. Hoy sigue vigente el estudio de la F^a como indagación racional.

También hay una T^a intermedia que afirma que la F^a se desglosa en tres grandes cuestiones:

- ◇ Reflexión sobre el conocer.
- ◇ Sobre el ser.
- ◇ Sobre el deber ser.

a) Reflexión acerca del **conocer**. La F^a era un conjunto de métodos dirigidos a conocer la realidad. Para llevar a cabo esta función hoy en día, la F^a tendría que hacer uso de los nuevos avances tecnológicos. No se debe concluir por ello que en el saber humano no hay lugar para la F^a, solo para la ciencia. Se trata de tesis iuspositivistas (positiv. y neo-positivismo) que conducen a la negación de la F^a. **Ortega**, negó esta T^a. Textos suyos: *¿Que es la F^a?, Bronca en la Física, etc...*

Jürgen **Habermas** = dice que existen ciertos riesgos en la actitud científica. El apoyarse en los avales de la ciencia, contribuye a clarificar la propia F^a.

También se ha dicho que la F^a es la base de todas las ciencias.

Wittgestein padeció en sí mismo "el giro lingüístico". El segundo Wittgestein ya no concluye que la F^a ha fenecido.

b) Indagación de la F^a acerca del **ser**. Los conocimientos filosóficos se proyectan sobre la realidad en su noción mas amplia. Dentro de esta acepx, la investigación filosófica privilegia la vida humana de forma esencial. En este sentido, hay un pensador hispano, el Profesor **Vico**, autor de personalidad, que afirma "solo se conoce con precisión lo que se hace". Su forma de concebir la realidad le conduce a afirmar que la H^a, en cuanto que es un producto de lo que los hombres hacen, ha de ser el objeto principal de la F^a.

Ortega veía en el campo de la experiencia la experiencia primaria que debería estudiar la F^a. Decía: "si hago F^a es porque quiero saber qué es el universo". Raciovitalismo = Es el periodo de madurez filosófica de Ortega. Consiste básicamente en el intento de conjugar la vida con la razón.

c) La reflexión filosófica termina y culmina en los postulados del **deber ser**. Podría encuadrarse en una F^a de Marx que afirma que los filósofos solo se han encargado de interpretar el mundo cuando de lo que se trata es de intentar transformarlo. Ambos

elementos debían de ir unidos. El pensamiento filosófico, la F^a, no puede quedarse a medio camino, reducida a la mera contemplación de los hechos, del mundo real. Debido a esto y después de la IIGM, vamos a encontrar un texto de un autor alemán que explica la diferencia entre la universalidad de un fenómeno y su inevitabilidad. No todo lo que es universal va a ser inevitable. Frente a las injusticias, no se puede aceptar su trágico destino como inevitable. Las reflexiones sobre el ser y el conocimiento, sobre la realidad, han que complementarse con juicios y programas del deber ser.

CUARTA PREGUNTA Los criterios de caracterización de una ciencia, de un campo de conocimiento o de una disciplina científica: objeto material y objeto formal.

Se trata de explicar qué sucede cuando un mismo objeto material es analizado por formas de conocimiento diferentes. El D es un objeto material del que se ocupan saberes muy diversos. También hay que preguntarse que es lo que diferencia a cada disciplina cuyo objeto es común.

Los tratadistas, ya en la baja E.M., sugirieron diferenciar entre objeto material y objeto formal.

Por objeto material común: entendemos que un mismo hecho puede ser analizado por ciencias diferentes. Se dice entonces que el objeto material es común, y lo que diferencia a cada ciencia es el objeto formal, que es el resultado de aplicar un método o p.v. diverso al objeto material común.

Cuando distintas ciencias se ocupan de un mismo objeto de estudio, entonces lo que diferencia esos saberes no es la materia sino:

- El método que se aplica al estudio del objeto
- .O las categorías conceptuales
- .O el punto de vista.

Esto nos permite deducir que lo que hace a la F^a del D diferente es, no tanto el objeto de estudio, como el p.v., la perspectiva, el método, etc., esto es, el objeto formal.

El objeto material del D es común a diferentes disciplinas: Etnología, Filosofía, Sociología,... (Sería muy deseable el trabajo interdisciplinar, pero escasea). Cada una de las ciencias se concentra más en un punto de vista u otro.

- Ciencia del Derecho: normas (validez)
- Sociología del D: Conductas (eficacia)
- Filosofía del D: valores, legitimación. (legitimidad y justificación)

Se ocupan de la misma realidad, pero atienden a una dimensión concreta de esa realidad.

Los juristas, en W, tienden a ver el D como un conjunto sistemático de normas. Es éste el punto de vista mas común de los juristas europeos occidentales (no así de los angloamericanos). Pero el D no es solo un conjunto de normas, sino que también se ocupa de principios, de conductas, de justificaciones éticas. [Author ID3: at Mon Feb 28 17:38:00 2005]

[Author ID3: at Mon Feb 28 17:34:00 2005]

Lunes, 22Nov2004[Author ID3: at Mon Feb 28 17:34:00 2005]

[Author ID3: at Mon Feb 28 17:38:00 2005]

El D formalmente válido es el sistema normativo = objeto de estudio de la Ciencia del D o Jurisprudencia o Dogmática Jurídica, que se aborda desde una perspectiva sistémica desde la que normas y principios no entran en contradicción

[Author ID3: at Mon Feb 28 17:40:00 2005]

Robert **Alexis** estudia la forma diferente de resolver las antinomias cuando lo que entran en contradicción son normas o principios.

(Antinomia= contradicción entre dos preceptos legales. Contradicción entre dos principios racionales.).

Aún cuando el punto de vista de los juristas es el normativo, no agota la realidad del D. Por ello, a PXX, en centroeuropa se favoreció el ver al D desde p.v. diferentes: los *dualistas* y los *tridimensionalistas* = corriente dualista representada por un célebre alemán: **Goldsmith**.

Al mismo tiempo en Brasil, el Pr. Miguel **Reale** escribió: "*Teoría tridimensional del D*".

Esto es, que el Derecho, además de cómo norma, también se puede ver como valor y como hecho.

La originalidad de **Goldsmith** reside en que trata de establecer una dialéctica entre las tres dimensiones del D.

Porque sería reduccionista si se ve el D sólo bajo una dimensión radicalmente. No se puede reducir el D a hechos, o a normas, o a valores.

- Para los *naturalistas radicales* – El D es solamente justicia.
- Para los *realistas radicales* – El Derecho es comportamiento
- Para los *iuspositivistas radicales* – La norma es válida formalmente, aunque no se aplique nunca. (esto es, que el no aplicarla nunca no la invalida formalmente, pero se hace muy difícil su aplicación)

El sociólogo, cuando se ocupa del D, se interesa más que por las normas, por el comportamiento, por los hechos sociales, por las conductas. Tiende a tomar el D bajo la perspectiva de "valor". Pero cualquier forma de analizar el D bajo un único punto de vista, es una posición reduccionista. Sobre esta materia, dos posiciones:

- La de los que entienden que el D tiene tres dimensiones:
 - ◆ hecho
 - ◆ valor
 - ◆ norma

...que son los tridimensionalistas

- La de los que entienden que cada uno se ocupa de uno de estos aspectos, pero aunados entre sí. (¿?).

[Author ID3: at Tue Mar 1 14:10:00 2005]

Es conveniente distinguir lo legal de lo legítimo. Para **Hobbes**, lo que es legal es lo legítimo.

[El universo es corpóreo. Todo lo que es real es material y lo que no es material no es real" (Leviatán).

Este fragmento del *Leviatán* resume la filosofía materialista de Hobbes, estrechamente vinculada a una postura determinista del mundo que postula que todos los fenómenos del universo se hallan determinados inexorablemente por la cadena causal de los acontecimientos. Nada surge del azar; todo acontecer es el resultado necesario de la serie de las causas, y, por lo tanto, podría ser anticipado, previsto.

El determinismo de **Hobbes** se fundamenta en un **método** racionalista de carácter matemático y geométrico (el método analítico–sintético de **Descartes**), que parte de la hipótesis de que las partes de un todo (materiales, engendradas y entendidas como causas) han de descomponerse y explicar el conjunto o las partes en su totalidad. La teología queda excluida del ámbito de la filosofía (por no estar compuestas sus partes de elementos corpóreos engendrados), abarcando exclusivamente la **geometría**, una **filosofía de la sociedad** y la **física**, aunque esta última únicamente pueda proporcionar conocimientos basados en la mera probabilidad, no necesarios, como posteriormente defenderá el más consecuente y radical de los empiristas ingleses: **David Hume.**]

[Author ID3: at Tue Mar 1 20:27:00 2005]

Una norma también puede tener otros p.v., se puede ver como:

1º) la legitimidad legalizada=[Author ID3: at Tue Mar 1 18:42:00 2005]

Esto es, todo D positivo expresa la concepción sostenida por el legislador de lo que es justo, conveniente, adecuado. Se trata después de interpretar la norma con un punto de vista racionalizador que quizá en el legislador no estuvo presente. Porque la interpretación de la norma no se agota en la voluntad del legislador. Aunque, por supuesto, el jurista tiene que buscar en la norma también la voluntad del legislador.

2º) Las concepciones de lo que es justo está arraigado en los distintos grupos sociales de manera diferente. Manifestación ésta, de la legitimidad, de la que se ocupan los sociólogos. Esto varía a lo largo del tiempo y del espacio.

3º) Legitimidad crítica de la que se ocupan fundamentalmente los filósofos.

Muchas ideas de justicia, aquí, Esto es lógico, porque lo que es legítimos para unos porque es legal, puede no serlo así para otros.

Legitimidad crítica de la legalidad hay tantas como individuos. (¿?)[Author ID3: at Tue Mar 1 18:43:00 2005]

Segunda forma de identificación del acceso al conocimiento: Fª jurídica (o Sociología jca.?).

Sinonimias absoluta entre expresiones

Angloamericanos – "común law", "law and society", cuyo objeto es el estudio de la relación entre normas existentes y sociedad.

Pero la relación D–Sd (society and law) hasta mediados sXX, esto se estudiaba según el momento hco, contemplado, que era el D como producto de la sociedad.

A partir de los años 40 del sXX, al estudiar la relación Derecho – sociedad **también** se estudió la influencia del D en la Sd.

Efecto boomerang = La sociedad dá el Derecho, pero ha habido etapas en las que el D era el que dirigía la Sd.

En Alemania:

- Sociología del Derecho genética
- Sociología del Derecho operacional.

El protagonismo lo tiene la sociedad o el D.

En cuanto a la sociología del D operacional: en qué medida las instituciones condicionan la experiencia social.

Esto se debe al alemán Manfred Rehbinder