

Lección 1

La Filosofía del Derecho

Filosofía = meta-lenguaje

Derecho = lenguaje objeto

No hay práctica sin teoría = los que creen que sólo hay práctica utilizan teorías de bajo nivel en que la teoría es de complicada percepción o se recurre a una inconsciente utilización de esta teoría. Pero aunque no se reconozca siempre subyace una teoría, de alto o de bajo nivel.

Una vez que los ideales básicos del iusnaturalismo racionalista se materializan en derecho positivo tras las revoluciones francesa y americana, por primera vez en la historia del pensamiento jurídico la reflexión jurídica se centra de forma exclusiva en el derecho positivo. De este modo el positivismo jurídico rechazará como algo metafísico, como algo no racional, cualquier reflexión sobre el deber ser jurídico, sobre el problema de los valores.

- Estructura de la norma jurídica:

Si es A entonces debe ser B

El es jurídico está formado por el deber ser o por todas sus manifestaciones pero encontramos el problema de que el deber ser es irracional, o mejor dicho, su reflexión o s sobre sus valores. Sólo se puede reflexionar por el edificio hecho.

En el siglo XIX hay un auge del positivismo jurídico. En Francia por influencia de la escuela de la exégesis se prohíbe la interpretación del Código Civil Napoleónico. Los jueces solamente aplican el derecho positivo, no lo interpretan.

Lenguaje del legislador Textos jurídicos positivos Norma jurídica

Norma jurídica: resultado interpretativo de los textos jurídicos positivos aunque no tienen por qué ser lo mismo al utilizar el jurista un lenguaje distinto. Habitualmente utilizado en dogmática jurídica.

La expresión filosófica del derecho surge a finales del XVIII y principios del XIX y expresa el nacimiento de nuevos problemas y formas de reflexionar sobre el derecho. Toda la reflexión jurídica hasta el XVIII es iusnaturalista. La Filosofía del Derecho pretende alejarse tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico.

Primeramente se quiere alejar del iusnaturalismo porque es dualista, al tener un derecho positivo y un derecho natural, en el que el derecho positivo debe acomodarse al natural para ser derecho. La Filosofía del Derecho sólo se encarga del positivismo.

En segundo lugar se deja del positivismo jurídico porque no se ocupa del problema de los valores.

Filosofía del Derecho = Positivismo normativo + valores

El positivismo jurídico se preocupa del derecho positivo incluyendo solamente los valores intrasistemáticos. En cambio, la Filosofía del Derecho se ocupa de los valores normativos.

Los valores se pueden entender de forma:

- sociológica: encuesta y estadística no siendo racional al no ser un enunciado empírico ni lógico-formal???. Si no hay argumentación racional sobre los valores todo es respetable.
- Normativa: contiene argumentación racional.

En la actualidad hay dos grandes tendencias de la Filosofía del Derecho:

- Filosofía del derecho positivista.
- Filosofía del derecho post-positivista.

En cualquier caso ambas tendencias tienen en común la preocupación que tienen con el lenguaje. Charles Morris divide el lenguaje en:

- Sintáctica: estudia las relaciones estructurales entre los diferentes signos distintos. P.e: si una palabra funciona como verbo, sujeto, etc...
- Semántica: estudia el contenido o significado de los signos lingüísticos o expresiones lingüísticas. P.e: ¿qué significa mesa?. Las palabras no sólo tienen significado sino también referencia, pero hay palabras que carecen de esta referencia como justicia, igualdad, etc..., los cuales son objeto de estudio de un jurista.
- Pragmática: se preocupa de las relaciones entre las expresiones lingüísticas y los hablantes, y también por los efectos producidos por los hablantes al usar signos lingüísticos. Hay palabras más provocativas de reacciones emocionales. Desde la perspectiva de la pragmática el significado de un término es el uso social de ese término y eso nos lleva a una subordinación de la semántica por la pragmática, de manera que el lenguaje no queda fijo en moldes inmóviles sino que el significado primario de los signos cambia en contacto con la dimensión lingüística y extra-lingüística.

Semántica texto normativo transformada por interpretaciones temporales

Un significado en sí no existe sino que está interrelacionado con otras partes de ordenamiento para extraer su significado. Pero además está abierta a influencias sociales.

Cosa en sí interrelación

Casos difíciles se resuelven por un Razonamiento jurídico = Fuente formal + razonamiento moral-político (proviene de la sociedad)

Palabras descriptivas pueden convertirse en evaluativas, al haber palabras como negro, judío, feminista que van adquiriendo un significado más o menos favorable. Aún y así, estos cambios se deben justificar.

Por tanto el uso del lenguaje no es un uso abstracto sino que tiene una función concreta, una función comunicativa aunque hay palabras con difícil comunicabilidad (p.e: amor), o con una dificultosa correlación entre palabra y realidad.

La función comunicativa de una relación lingüística depende de quién la diga, cómo la diga y en qué circunstancias lo diga. Los juristas deben ver que hay detrás interpretando el contexto y circunstancias.

Usos principales del lenguaje: estos usos agotan el lenguaje

- Informativo o Cognoscitivo: pretende representar la realidad y es el único uso del lenguaje del que se puede predicar la verdad o la falsedad. Toda descripción es selectiva y si es selectiva incluye una valoración. Según el esquema conceptual tenemos una visión de la realidad.

- Normativo: pretende influir en la conducta humana. P.e.: si robas deberás ser sancionado a una pena X.

Lenguaje del legislador = lenguaje normativo

Si dogmática jurídica = describir lenguaje normativo, aunque en realidad no describen dicho lenguaje. El lenguaje de la dogmática jurídica sus proposiciones jurídicas (V o F). Hecho descriptivo sería falsable o verificable en referencia al lenguaje normativo (pero no ocurre así en realidad).

- Operativo: mediante este uso pronunciar ciertas palabras por determinadas personas en determinadas circunstancias suponen realizar la acción a que se refieren tales palabras. Permite hacer cosas con palabras (Speech acts).
- Expresivo: permite y pretende transmitir sentimientos y emociones. P.e.: te quiero, viva er betis.

Cualquier cosa que queramos decir debe caer sobre estos usos. El único uso del lenguaje que se puede aplicar verdad o falsedad es en uso informativo, pero esto no es tan fácil como parece.

La justificación Jurídica:

Formalistas jurídicos se atienen a lo escrito en la norma

Lo verdaderamente valorable es el aspecto valorativo-creador (3.1 Cc)

Los casos difíciles ofrecen diversas opciones y para resolverlos hay que acudir a elementos extra-judiciales (políticos o morales), pero para su aceptación el razonamiento jurídico necesita, a parte de razonamientos morales o políticos, el apoyo de fuentes formales. Un juez competente no es el que sabe derecho positivo sino el que es capaz de adaptarse a la sociedad, sabiendo jugar con la sabiduría jurídica (normas) y la filosofía del derecho.

Los razonamientos morales y políticos deben ser argumentados y cohesionados teniendo en cuenta los valores constitucionales y sociales. El deber ser es una reivindicación de los valores que nuestro comportamiento natural nos determina [Ortega y Gasset: La misión de la Universidad].

Teoría del Derecho

Pretende decirnos lo que el derecho es. Las teorías jurídicas son esquemas conceptuales que permiten ver la realidad de una forma, tales como:

- Teoría Iusnaturalista: enfatiza la justicia material.
- Positivismo jurídico: enfatiza la validez formal.
- Realismo jurídico: enfatiza la eficacia social.
- Teoría jurídica post-positivista (analítico-hermenéutica): enfatiza los tres aspectos. El problema es como coordinar los conflictos entre estos tres aspectos.

Permite ver que tres dimensiones fundamentales que no pueden olvidarse para una comprensión del derecho (eficacia social, justicia material, validez formal). Los conceptos jurídicos básicos como norma jurídica, como sistema jurídico, se formulan o se entienden a partir de teorías.

Durante décadas los ingleses gracias a John Austin tomaron la consideración de este autor: la norma jurídica se equipara a la expresión del acto voluntad.

Kelsen en otro momento dirá que una norma jurídica debe conjugarse como una norma pura. El contenido se

equipara a un deber o un poder.

Teoría de la Ciencia Jurídica y la Teoría de la Justicia

La teoría de la Ciencia Jurídica es una reflexión crítica sobre la ciencia jurídica. Se plantea cosas como ¿qué es la ciencia jurídica? ¿es en realidad una ciencia? Y si lo es, ¿de qué tipo?. Si no es ciencia, ¿qué es?. De forma más precisa, es una reflexión crítica sobre los métodos por medio de los cuales los juristas tratan de comprender, interpretar y aplicar el derecho.

El objeto de estudio de la Teoría de la Justicia son los valores implícitos y explícitos que fundamentan el derecho así como los fines que pretende conseguir. No se limita a la descripción de los valores sino que pretende una discusión racional sobre los valores y los fines. El problema es que no sólo hay un concepto de racionalidad:

–positivismo y su racionalidad = enunciados empíricos y enunciados lógico–formales.

En este caso no cabe argumentación racional sobre los valores.

Hay tres tipos de racionalidad:

- **Cognoscitiva:** tiene que ver con las creencias de las cuales podemos predicar la verdad o falsedad. Se pregunta ¿qué debería creer?
- **Práctica:** acciones. Mundo justificable. ¿Qué debería hacer?
- **Valorativa:** tiene que ver con valores y valoraciones. ¿Qué debería valorar como correcto o como incorrecto? Lo correcto = bueno + verdadero.

En estos tres tipos es posible la argumentación racional porque sino estaríamos en el terreno de los gustos y preferencias. La teoría de la Justicia enlaza también con la moral social. La moral social es la moral vigente en una sociedad en un momento determinado que responde al razonamiento práctico del hombre prudente que se caracteriza por las reacciones sociales que pueden producir sus actuaciones.

La moral crítica es del hombre moral frente al hombre prudente. El hombre moral se preocupa por la justificación moral de sus actos. Toda sociedad, cerrada como abierta, se produce de diferente manera la dicotomía moral positiva / moral crítica.

Lección 2

Iusnaturalismo Moderno

La concepción Iusnaturalista de la Justicia se remonta desde el siglo IV a.C. hasta hoy. Que haya perdurado tanto tiempo hace difícil hacer problemática su caracterización actual, porque en principio no está claro que es lo común a las distintas corrientes que han existido de Justicia (Sofista, Platón, San Agustín, Locke). A pesar de estas dificultades parece que los elementos comunes se pueden encontrar en principios abstractos como el principio de Ulpiano como dar a cada uno lo suyo, consideradas como fórmulas vacías debido a que para tener un sentido concreto hay que decidir 'qué es lo suyo'. Las reconstrucciones jurídicas son *ex post facto* debiendo seguir unas reglas de deducción.

Las únicas características comunes que pueden predicarse de todo Iusnaturalismo:

- Lo justo se identifica con un conjunto de principios que supuestamente se derivan de la naturaleza humana y que además son cognoscibles por los seres humanos.
- Estos principios son verdaderos porque supuestamente describen la naturaleza humana.

- Algunas de estos principios tienen carácter universal e inmutable.

[Recomendar leer siete teorías de la naturaleza humana: Stevenson]

Los motivos de pervivencia del Iusnaturalismo durante tan largo tiempo son:

- El Iusnaturalismo nos daría la posibilidad de no considerar como valores últimos los formulados por el derecho positivo y de esta manera nos daría un camino para justificar la desobediencia al derecho. Sin embargo, también el Iusnaturalismo ha sido utilizado para justificar la obediencia al derecho. Aunque no es cierto que la justificación a la desobediencia al derecho se deba exclusivamente al derecho natural, ya que en el siglo XX se utiliza la apelación a los derechos humanos como construcción en defensa de la dignidad intrínseca del ser humano.
- Carácter flexible de la ideología iusnaturalista justificaría su larga pervivencia y se mostraría en que a veces se ha mostrado con una ideología conservadora (Cicerón, Platón), otras veces reformista (Sofistas, Locke) o revolucionaria (Rousseau). Esto no sólo sucede a las teorías iusnaturalistas sino que otras grandes teorías lo son como el Liberalismo, Socialismo, Positivismo, etc..., que mediante las críticas se van transformando.
- Psicología: la creencia en una ley natural fija e inmutable nos da algo que psicológicamente deseamos, esto es, seguridad, permitiéndonos eliminar la responsabilidad de tener que decidir. Esto no es totalmente cierto al ser formulaciones vagas que no eximen de la responsabilidad al no concretar debiendo concretar uno mismo (p.e.: dar a cada uno lo suyo).
- El término naturaleza tiene un valor emotivo favorable, y eso quiere decir que la expresión 'es natural' se entiende normalmente como algo bueno.

A pesar del éxito histórico del Iusnaturalismo durante más de dos mil años, perdió gran parte de su vigencia a partir de finales del siglo XVIII y principios XIX cuando los principios del iusnaturalismo racionalista se materializaron en derecho positivo. P.e.: Código Napoleónico. Los nuevos iusnaturalistas de nuestro tiempo formulan teorías afectadas por una serie de equívocos:

- Identificar derecho natural con la concepción de la Teoría de la Justicia y no con una de ellas. Cree que es la única que nos da criterios para justificar la obediencia y la desobediencia al derecho típico de las mentalidades dogmáticas.
- Suponer que la creencia en el derecho natural es la mejor medicina contra la barbarie (asentado tras el nazismo alemán). No parece ser cierto porque distintas ideologías pueden defender mismas teorías, aunque sean ideologías muy contrapuestas.
- Tratar de construir un derecho natural histórico y de contenido variable porque el núcleo del concepto de derecho natural está vinculado a principios universales e inmutables.

Diversos planteamientos iuspositivistas

El positivismo jurídico tiene varias acepciones:

– **Escepticismo ético:** Para los juristas que lo entienden de este modo no hay principios morales universalmente válidos y si los hubiere no se pueden justificar racionalmente. Dos grandes juristas que apoyan esta tesis son Kelsen y Ross, solamente, se pueden justificar los enunciados empíricos y los juicios analíticos. La lógica por su valor formal es necesaria para verificar o falsear enunciados:

los juicios analíticos son verdaderos o falsos atendiendo a la estructura lógica del lenguaje. Las características son que para saber si es V o F no es necesario ver el mundo sino que solamente es necesario analizar el lenguaje.

Los empíricos son aquellos que se pueden constatar mediante los sentidos.

Los enunciados morales ni son empíricos ni analíticos por lo que no pueden calificarse por V o F, ni tampoco justificar racionalmente. Las teorías que pueden justificar los enunciados morales parcialmente son:

– **emotivistas:** Stevenson. Los enunciados morales son aquellos que intentan influir en los demás para que acepten mi punto de vista. P.e.: torturar es malo implica que produce emociones negativas en la persona que lo dice y quiere hacerlo patente a los demás. Aún y así, no llegan a definir que está bien o mal y no se adentra en el no deber.

Kelsen y Ross dicen que la justicia es un ideal irracional cuya formulación cae en el vicio lógico de pretender derivar un deber ser o juicio de deber ser a partir de un juicio de ser. De un juicio prescriptivo no se puede ir a un juicio valorativo porque se produce un vicio lógico pero para que se produzca este hay que creer que la única racionalidad es la lógica. La racionalidad lógica no es la única, también está la práctica y la valorativa. Se debe entender el concepto de deber y conocer las reglas del diálogo racional, sino se produce la falacia naturalista que David Hume fundó y argumentó.

Sin embargo, no todos los positivistas jurídicos admiten este planteamiento lo cual quiere decir que este planteamiento no está vinculado a este pensamiento. John Austin y Jeremy Bentham fundadores del positivismo jurídico inglés que decían que sí existe un principio moral universalmente válido, que es el principio de utilidad que consiste en que un enunciado es moralmente correcto y racional en la misma medida que aumenta la felicidad de la mayoría de las personas.

La diferencia entre los Iusnaturalistas y estos dos últimos autores es que el principio de utilidad era mensurable y verificable mientras que los principios iusnaturalistas no lo eran.

– **Positivismo ideológico:** defiende que con independencia del contenido de las normas, el derecho vigente debe ser obedecido por los destinatarios y debe ser aplicado por los jueces. N. Bobbio dice que tiene estas características:

- El derecho positivo está justificado por el hecho de existir con independencia de los valores que contenga.
- El derecho positivo por el hecho de existir sirve para mantener fines deseables como la paz social, el orden y la seguridad jurídicas.

En los sistemas jurídicos civilizados los valores fundamentales son:

- Seguridad jurídica: (predecibilidad) se puede entender de dos modos:
 - sentido positivista lo entiende como predecibilidad.
 - Sentido post-positivista además de predecibilidad debe tener legitimidad.

Según Ross, el positivismo ideológico tiene tres frentes:

- La reforma protestante con su afirmación de que todo derecho positivo proviene en última instancia de la voluntad divina y por tanto debe obedecerse.
- Una frase críptica de Hegel: lo real es racional: el derecho que existe es racional y al ser racional debe obedecerse.
- La ideología del éxito: lo que tiene éxito está justificado.

El positivismo ideológico tiene dos aspectos o dos tesis que combina:

- Tesis fáctica: el derecho es un conjunto de normas establecidas por los grupos sociales, económicos, etc..., que tienen fuerza suficiente para ello.

- Tesis ideológica: las normas jurídicas por el hecho de existir deben ser obedecidas.

¿Por qué algo que existe por el hecho de existir justifica su obediencia?

El positivismo ideológico pretende que los jueces adopten una posición moralmente neutral y se limiten a decidir según lo establecido por el derecho vigente. Si partimos de un planteamiento fáctico del derecho, si nos limitamos a describir el derecho existente, de ahí no podemos deducir lógicamente la justificación de lo que se debe hacer. El motivo es que las proposiciones descriptivas de hechos no expresan razones suficientes para justificar decisiones.

Todos nosotros tenemos estructuras subjetivas de matizaciones. Tenemos estructura de preferencias a tres niveles:

- Deseos
- Intereses justificación
- Valores

No es suficiente para justificar que X vaya de vacaciones a Edimburgo decir que es un lugar perfecto para descansar. Para pasar a la justificación de lo que hago debo apelar a deseos, intereses y valores. Los Intereses atienden a un plan de vida que deben ser coherentes o incoherentes con el plan de vida mientras que los Deseos son más inmediatos (p.e.: ir al cine). En teoría las preferencias superiores deben superponerse o preponderar sobre las inferiores, por ejemplo, los deseos decaen ante los intereses. Pero los valores vencen a los otras dos preferencias siempre. La filosofía pone a la superficie algo que hacemos sin saberlo, expone nuestras estructuras internas que fundamentan nuestras exterioridades. Hay que distinguir entre valores instrumentales y valores últimos.

Cuando un Juez cree que justifica su decisión judicial afirmando que el derecho vigente dispone que se decida así está formulando una proposición descriptiva pero no está justificando su decisión al menos que presuponga un principio moral que exige que el derecho vigente debe obedecerse.

Premisa Mayor: 'debe obedecer al derecho vigente'

Premisa menor: 'en este caso el derecho vigente dispone que X entonces Y'

Conclusión: 'Y'

'Y' está justificado en que el hecho fáctico está contenido en la premisa mayor.

El ataque a una argumentación es a las premisas normativas y la coherencia interna, no bastando proponer proposiciones descriptivas solamente al carecer de justificación. Un buen juez justifica muy bien al introducir consideraciones extrajurídicas.

El positivismo ideológico es un planteamiento normativo que dice que los jueces deben tener en cuenta en sus decisiones un principio moral, un principio moral que prescribe obedecer el derecho vigente. Pero aunque esta exigencia moral parece estar justificada en los sistemas democráticos no es el único principio moral que debería tener en cuenta, al menos que renuncie para siempre a pensar por sí mismo.

A un juez se le planteó el caso de atender a razones morales (lo que debo hacer) o razones prudenciales (lo que me conviene). Stuart Mill: 'prefiero ser un Sócrates preocupado a un cerdo feliz'. Lo que ocurre en el caso del juez es que la norma temporal cambia debiéndose adaptar con razones justificatorias que incluyen razones morales. Seguir una línea jurisprudencia no exige argumentación valorativa mientras que el cambio sí. Los cambios sociales de gran magnitud suponen un esfuerzo argumentativo y responsabilidad en el criterio.

– **Formalismo Jurídico:** según el formalismo jurídico el derecho está formado, de manera exclusiva y preponderante, por normas puestas por órganos constitucionales más o menos centralizados y no por normas jurisprudenciales o consuetudinarias.

Caracteres del derecho:

1. Completo: no hay lagunas en el derecho, esto es falso. La mayor parte de las lagunas las han creado los interpretes. Explicación:

Hart planteó dos puntos de vista:

- ◆ Externo
- ◆ Interno: internalización de los valores básicos del ordenamiento jurídico,. Las personas que tienen este punto de vista hacen una adaptación porque el texto normativo se mantiene a lo largo del tiempo y hay que adaptarla porque queda anticuada.

2. El derecho es consistente: quiere decir que carece de antinomias y si las hay, o son aparentes o se debe a la impericia del jurista. Una antinomia es aquella situación en que hay dos normas, una de ellas obliga y permite comportamiento X y la otra lo prohíbe.

3. El derecho es preciso: porque las normas no son vagas ni ambiguas. Si fuera cierto los jueces se limitarían a aplicar las leyes sin embargo esto no es cierto porque los lenguajes naturales o cuasi-naturales que no lo hacen posible:

- ◆ vaguedad: se refiere a la imprecisión potencial del significado por desconocerse las circunstancias precisas que deben darse para aplicar un término (p.e.: ¿Cuántos pelos se necesitan para llamarse calvo a alguien?).
- ◆ Ambigüedad: se refiere a la polisemia y ambigüedad del significado y que sólo en el contexto se determina lo que significa (p.e.: Barco).

El formalismo jurídico defiende la suficiencia del ordenamiento jurídico y su separación de la moral y de la política. Esta concepción ha influido también en la formación de la dogmática jurídica, sin embargo el derecho legislado no puede por si mismo resolver todos los problemas, y de ahí que se recurra a criterios que normalmente no provienen del legislador para resolver estos problemas que no quedan inconclusos, y para ello se elaboran meta-criterios para dar preferencia a unos sobre otros.

Lo importante de la Constitución Española en su artículo 103 distingue entre ley y derecho, diciéndonos que la ley no agota el derecho.

Kelsen, Ross y Hart no aceptan las tesis del formalismo jurídico porque dicen que el derecho está formado por normas consuetudinarias y jurisprudenciales a parte de las normas del legislador.

– **Positismo Metodológico:** defiende que el concepto de derecho debe tener únicamente características fácticas y no valorativas como el ejemplo del guardia (historia del guardia: un guardia talibán prohíbe a una familia rezar en una iglesia cristiana por el simple hecho de estar prohibido en la ley). Dice también que podemos saber lo que el derecho es sin apelar nunca a consideraciones extra-jurídicas coincidiendo con el formalismo jurídico. La postura del Positismo Metodológico no es incoherente con la afirmación de que un determinado sistema normativo es derecho pero demasiado injusto para ser obedecido, o sea, identifica lo que el derecho es y deja a la responsabilidad moral de cada uno obedecer o desobedecer. En consecuencia, el Positismo metodológico se opone a la tesis iusnaturalista de que hay principios de justicia universal válidos, simplemente rechaza que el derecho se califique como tal por su inclusión o no inclusión de principios de justicia (p.e.: derecho nazi). Si alguien es un mal ciclista no por ello deja de ser un ciclista, mutatis mutandi, el

derecho malo tampoco deja de ser derecho.

Sentencia Tribunal Federal de Alemania: fallo sobre ciudadanía alemana a judíos inmigrantes en 1941. Devuelven la ciudadanía a un judío porque la ley que le arrebató la ciudadanía era nula ab initio, al no estar por debajo del legislador la Justicia y Legalidad de las normas. El régimen nazi nos enseñó que el legislador puede imponer que es lo justo e injusto. Esa norma contradice evidentemente los principios del derecho no siendo aplicable por el tribunal (art. 103 CE que distingue ley y derecho).

El primer problema es que no hay un canon de principios al variar su inclusión o intensidad según el viento de los tiempos. Algunos principios además son tan vagos que es difícil garantizarlos.

Los jueces ingleses utilizan el 'distinguishing' para desvincularse de la tradición interpretativa de una norma según obliga el 'estare decisis' o el precedente del Common Law.

Lección 3

El status epistemológico de la dogmática jurídica

A diferencia de lo que pasa con el término ciencia que tiene un significado emotivo favorable, el término dogmático lo tienen desfavorable, significando aceptar o rechazar algo sin un análisis racional de lo que se acepta o rechaza.

En principio sorprende que el saber jurídico por excelencia se proclame dogmático y al mismo tiempo pretenda presentarse como un saber científico. Por tanto, ¿en qué sentido la dogmática jurídica es dogmática?

Recasens Siches dice que el carácter dogmático de la dogmática jurídica es parecido a la teología, al aceptar ciertas normas jurídicas y a partir de ahí trata de construir un sistema coherente. El error de Recasens es decir que la dogmática jurídica acepta las normas jurídicas, esto no es cierto porque lo que acepta son textos normativos desarrollados por el lenguaje del legislador, pero no de las normas producto de los resultados interpretativos de los textos normativos.

Un mismo texto normativo se va adaptando a lo largo del tiempo mediante las normas jurídicas que van cambiando de significado. Recasens dice que acepta los contenidos, no es cierto, se acepta el lenguaje del legislador.

Conclusión: la dogmática jurídica es dogmática, pero no en el sentido que rechaza la voluntad racional, sino que toma como dogmas ciertas premisas normativas que son los textos jurídicos públicos.

Las teorías dogmáticas:

Pretenden convencer a los destinatarios de la comunidad jurídica (p.e.: estudiantes de derecho) de la coherencia de sus planteamientos y de la justicia o corrección moral de sus propuestas o soluciones. En principio, por tanto, el jurista dogmático no puede criticar los textos normativos porque quien lo hace no trabaja en el ámbito de la dogmática jurídica, sino el ámbito de la política jurídica.

El dogmatismo de la dogmática jurídica (tener en cuenta que dogmática jurídica, jurisprudencia y ciencia jurídica son lo mismo) es en algún sentido similar al dogmatismo de las ciencias maduras o consolidadas. P.e.: física, porque también las ciencias maduras mantienen algunos dogmas que en principio son intocables. Por eso mismo, el adoctrinamiento de los estudiantes de las ciencias maduras es más fuerte que el adoctrinamiento de los estudiantes de derecho.

Por tanto si hay dogmatismo en las ciencias maduras, ¿por qué no hay en la dogmática jurídica?. Teniendo en

cuenta que tal dogmatismo no excluye ni la racionalidad ni la argumentación, es cierto que la dogmática jurídica se ha utilizado políticamente, pero todavía hay límites que deben respetarse si quiere hacerse dogmática jurídica. Esto quiere decir que en la dogmática jurídica hay procedimientos de aceptación de teorías, no siento arbitraria ni irracional por tres razones:

- El dogmático está sometido a ciertas reglas
- El dogmático está sometido a la crítica racional
- La comunidad dogmática tiene criterios colectivos de valoración de teorías

La racionalidad de la dogmática jurídica es práctica pero no una racionalidad cognoscitiva. Esto significa que las pruebas que se desprenden de la dogmática jurídica no son concluyentes y demostrativas sino persuasivas. Existen distintas formas de persuadir:

- ◆ Propaganda: persuasión
- ◆ Dando razones justificatorias que configura una tradición.

Trata de persuadir o convencer de la justificación de sus análisis jurídicos. Enrique Gimbernat: cuanto menos desarrollada está la dogmática jurídica, más imprevisibles serán las decisiones de los tribunales en los casos difíciles.

La dogmática jurídica sería un tipo de saber que trata de presentar el material jurídico disperso de una manera simplificada y coherente, porque no olvidemos que los juristas ven la realidad jurídica a través de los esquemas conceptuales elaborados por la dogmática jurídica.

La dogmática jurídica: ciencia o técnica.

La dogmática jurídica es el saber jurídico más importante puesto que es un saber jurídico elaborado por juristas desde una perspectiva normativa. Sin embargo hay diversas concepciones:

- Unos defienden el carácter cognoscitivo de la dogmática jurídica, o sea, conocimiento en sentido estricto.
- Para otros además de conocimiento es una técnica para resolver problemas prácticos.
- Es una práctica o técnica para solucionar problemas.

Cognoscitivo (A)

Dogmática

Jurídica Cognoscitivo + práctico (B)

Práctico (C)

A) Defendida por Stammler y Kelsen.

Stammler comenta que es reproductiva de las normas puestas por el legislador, pero la reconstrucción y sistematización de las normas puestas por el legislador no suponen modificación de su contenido. Kelsen dice que la dogmática jurídica tiene como objeto la descripción del derecho.

B) Apoyada por Larenz y Ruiz Giménez.

La dogmática jurídica es ciencia y técnica, conocimiento y práctica. Para Larenz una dogmática jurídica que no incluyera la dimensión práctica no tendría la dimensión social que tiene. Ruiz Giménez dice que los juristas dogmáticos sin salirse de la actitud de respeto de las normas puesta debe prolongar analógicamente los

criterios del legislador hacia nuevas circunstancias prácticas. P.e.: solucionando lagunas, antinomias, pero sin modificar su contenido.

C) Respaldada por Santiago Mir y Hierro.

La función descriptiva o cognoscitiva de la dogmática jurídica está subordinada a su función política jurídica. Es decir, que la mayoría de las discusiones doctrinales que aparecen como descripciones del ordenamiento jurídico o como discusiones de la naturaleza jurídica o como discusiones de la naturaleza jurídica, en realidad, son discusiones sobre las consecuencias jurídicas de aceptar una u otra naturaleza jurídica. Santiago Mir dice que la dogmática jurídica está orientada a la práctica y por tanto es una técnica para conseguir decisiones racionales. El problema es saber qué es una decisión racional previamente que se consigue mediante una teoría (no hay práctica sin teoría).

Esta discusión sobre el carácter teórico-práctico ya se planteó con Savigny el cual distinguió en todo derecho el elemento político y un elemento científico. El elemento político expresa la conexión del derecho con la vida social de una sociedad determinada. En cambio el elemento científico consistiría en la sistematización del ordenamiento jurídico que sólo podría realizarse por los dogmáticos jurídicos.

Un jurista francés Géný, fue uno de los primeros juristas importantes que se preocupó por la elaboración de una teoría de la técnica interpretativa, ya que en su opinión la interpretación silogística del derecho. Además no podemos encontrar en las leyes descritas una fuente completa y suficiente para resolver todos los conflictos jurídicos.

PM Norma abstracta

Pm supuesto de hecho

Conclusión

Cuando un jurista poco preparado se encuentre con un caso difícil dará malas soluciones al ser complicado elegir la premisa normativa.

Géný distingue dos elementos en todo derecho que son lo dado y lo construido:

- Lo dado se refiere a las realidades y relaciones sociales básicas que toda generación se encuentra. Además está formado por ciertos principios muy generales del derecho natural como dar a cada uno lo suyo.
- Lo construido es artificial y es el desarrollo de las técnicas y métodos jurídicos para poder controlar lo dado.

Las conclusiones a las que llega Géný son:

- La actividad de los juristas no es simplemente la actividad productora de normas sino que es una actividad decisoria y creadora de normas.
- Esta actividad creadora y decisoria de normas no es irracional ni arbitraria porque responde a finalidades racionales como la paz social, la justicia y la coordinación social.
- Destaca la importancia y necesidad de la técnica jurídica y la interpretación (no solamente silogística) para guiar la conducta social porque lo dado y los principios generales del derecho natural son demasiado vagos para constituirse en directivas para la conducta social.

La crítica de Kirchmann a la dogmática jurídica

Una gran parte de los teóricos del derecho han reconocido las limitaciones del ordenamiento jurídico y han

propuesto nuevos métodos. Habría un contraste insalvable entre la ciencia por un lado y la dogmática jurídica por otro, porque la ciencia produce verdadero conocimiento mientras que la segunda no lo produce por su tendencia al cambio.

El objeto de la dogmática jurídica es cambiante mientras que en la ciencia (teniendo como ejemplo paradigmático la física) el objeto es inmutable. Si aceptamos esto debemos tener presente que también las ciencias maduras también cambian porque a veces los científicos modifican sus teorías (T. Kuhn). Pero en realidad el conocimiento tampoco está fundamentado en verdades inamovibles (Mario Bunge).

Para averiguar si la dogmática jurídica es ciencia, Kirchmann partió de un determinado concepto de ciencia para tratar de encajar la dogmática jurídica (fábula del zapato de la cenicienta).

Kirchmann Modelo de ciencia Dogmática Jurídica

En la época de Kirchmann, siglo XIX, dominaba la jurisprudencia de conceptos y, por tanto, un excesivo formalismo de la ciencia jurídica que había provocado un alejamiento entre el derecho de los juristas y los hechos sociales. Si la ciencia es en primer término conocimiento de los nuevos hechos de la realidad, ¿qué hechos investiga el jurista?. El jurista investiga la realidad jurídica, es decir, el derecho positivo en un determinado lugar y tiempo, pero ese derecho o realidad jurídica es contingente.

Para Kirchmann los tres aspectos característicos de la ciencia de su época:

- Conocimiento de los nuevos hechos de la realidad.
- Progreso científico.
- Fe social en el progreso científico.

Ninguno de ellos, se daba en la dogmática jurídica.

Siglo XVIII: revolución científico-social. Se sustituye a la religión por la ciencia que hace los milagros desarrollando el cientifismo, creyendo que todos los saberes deben copiar los métodos de la ciencia. El lenguaje fisicalista no debería extenderse a todos los planos.

Conclusiones:

- El único método para conseguir verdades objetivas es el método experimental porque las leyes inmutables de la naturaleza se descubren mediante la observación, neutral y aséptica.
- Lo singular o hechos singulares no se pueden conocer científicamente porque no se pueden formular por medio de leyes generales.

La dogmática jurídica se opone al progreso, pues el derecho positivo es analizado con categorías obsoletas, concretamente con las categorías del derecho Romano, no utilizándose el método experimental. Los juristas se ocupan básicamente de lagunas, equívocos antinomias, son gusanos que sólo se alimentan de la madera podrida.

La dogmática jurídica es esotérica, provoca un distanciamiento entre el derecho de los juristas y el sentimiento jurídico del pueblo, a causa del lenguaje de los juristas incomprensible para el sentido común, de tal manera que la lógica de los juristas no coincide con la lógica común por el excesivo formalismo de la dogmática jurídica.

Por todo ello, Kirchmann quiere eliminar la dogmática jurídica como ciencia y como técnica para solucionar problemas prácticos al no servir para mucho por su excesivo formalismo.

La crítica a Kirchmann

Kirchmann, que era el fiscal general de Prusia, dictó una conferencia sobre la falta de valor de la jurisprudencia como ciencia que tuvo mucho éxito porque amplios sectores de la sociedad ya estaban maduros para entenderlo. Kirchmann expresa el rechazo al formalismo jurídico que la gente más culta ya apreciaba. Kirchmann lo expresa de manera accesible.

Sin embargo se pueden realizar diversas críticas:

- La crítica de Kirchmann sería aceptable si lo fuera su punto de partida identificado con el modelo de la Física. Kirchmann tenía confianza ilimitada en el empirismo vulgar. Creía que la observación directa de la realidad sin prejuicios ni hipótesis garantizaba la objetividad de la ciencia.

Kirchmann ataca la ciencia jurídica y para ello parte del concepto de ciencia que el cree válido y expone que la ciencia jurídica no cabe en la ciencia válida, no siendo válida. El error es que Kirchmann tiene un concepto erróneo del empirismo (empirismo vulgar). La observación siempre presupone teoría. Es mejor ser consciente de la teoría que sustenta la práctica. La práctica siempre presupone teoría. La observación es guiada por la teoría y la presupone. Kirchmann no tenía en cuenta que para clasificar la realidad necesitamos un previo criterio de clasificación. La realidad no se clasifica a sí misma, somos nosotros los que ponemos los criterios. Siempre accedemos a la realidad por medio de intermediarios.

- Kirchmann infravaloró el papel activo de los científicos en la configuración del mundo, debido a que la realidad se ve ya con teorías y criterios.
- Según Kirchmann conocer es describir leyes universales e inmutables de la naturaleza sin tener en cuenta que también el conocimiento científico es un conocimiento provisional.
- Según Kirchmann sólo los objetos inmutables pueden ser objeto de conocimiento científico. Si aceptamos esto, los virus no podrían ser objeto de conocimiento científico.

Ideas de la crítica:

- Observación sin hipótesis previas no existe.
- Parte Kirchmann de un modelo de ciencia insostenible por estar basado en el empirismo vulgar y también en una confianza total en la inducción. La inducción parte de enunciados particulares. P.e.: Sandra tiene la característica X, Rayó tiene la característica X, etc..., con estos enunciados construimos la ley general. Todos los alumnos tienen el carácter X. El problema es que no hay un paso lógico de los ejemplos a la ley general. Podemos acumular enunciados particulares pero ser falsa la ley general.
- Creencia errónea en la inmutabilidad de los resultados de la investigación científica.

Antonio Truyol dice que la obra de Kirchmann es uno de los precedentes importantes de las teorías jurídicas antiformalistas. Sin embargo las teorías antiformalistas reclamaron más libertad para los jueces en la elección de criterios para resolver los conflictos jurídicos con la finalidad de adaptar el derecho a las cambiantes finalidades sociales. Sin dilaciones Kirchmann pide la supresión de la dogmática jurídica y la supresión de los juristas profesionales y su sustitución por jurados.

[Cuando aparece una crisis en la ciencia da lugar a una nueva teoría. Ej: Kepler–Galileo. No existe lo `en sí', la verdad `en sí'.]

Lección 4

Dos perspectivas metodológicas

En la dogmática jurídica hay dos perspectivas metodológicas, la formalista y la finalista:

- **Formalista:** la labor principal de los juristas es la interpretación y no la creación del derecho, estos sólo deben utilizar criterios específicamente jurídicos. En esto subyace la idea de que la actividad de los juristas es básicamente declarativa de lo que dice la ley.

Según Alberto Bobbio hay variables institucionales y sociales que favorecen el desarrollo del formalismo, es decir, que si un ordenamiento jurídico es cerrado y no afecta a más fuentes que las estrictamente jurídicas, y, además la sociedad es estable, se tiene al desarrollo de una metodología formalista por parte de los juristas.

- **Finalista:** concibe el derecho objetivo preferentemente como un instrumento para la resolución de conflictos. Si bien es cierto que ambas tendencias comparten un principio fundamental como es el de sujeción a la ley. La perspectiva finalista en el ámbito interpretativo tiene una actitud más flexible o más permisiva, al admitir los criterios no sólo específicamente jurídicos sino que utiliza también criterios meta-jurídicos, es decir, los juristas finalistas actúan de la siguiente manera: si los criterios estrictamente jurídicos producen resultados justos y socialmente adecuados entonces el jurista finalista aplicará los criterios específicamente jurídicos, ahora bien si los criterios estrictamente jurídicos no producen estos resultados justos y socialmente convenientes, apelará a criterios meta-jurídicos que le permiten apartarse de la ley y alcanzar una solución más lógica.

¿Cuál sería el objetivo principal de los juristas finalistas? Descubrir y justificar el interés jurídicamente establecido, y además declarar y justificar la jerarquía de los intereses si hay más de uno.

La escuela o doctrina que mejor representa esta tendencia es la 'Jurisprudencia de Intereses'. Su idea central es que la ley sirve para resolver conflictos de intereses.

Adoptar una metodología formalista o finalista puede tener importantes consecuencias porque no siempre coincide quién tiene derecho con quién tiene interés. Y, además de esto, los juristas formalistas tienden a enfatizar el valor de la seguridad jurídica mientras que los juristas finalistas tienden a enfatizar la justicia del caso.

¿Cuándo se produce este conflicto? No se produce este conflicto en los casos rutinarios porque ambos tipos de juristas aceptan el principio de sujeción a la ley. En los casos difíciles no se sabe que supone el principio de sujeción a la ley, teniendo los juristas finalistas mejor posición si justifican adecuadamente la solución adoptada.

Recapitulación:

- La dogmática jurídica no es una actividad irracional porque la razón ocupa un lugar central en la construcción y en la crítica de las teorías jurídico-dogmáticas.
- La dogmática jurídica no es arbitraria porque hay procedimientos preestablecidos de control, esto quiere decir que hay límites y que por ello no se acepta cualquier argumento o teoría.
- La dogmática jurídica es un híbrido entre ciencia y técnica, entre teoría y práctica, entre funciones descriptivas y funciones normativas.
- A pesar de las diferencias metodológicas entre finalistas y formalistas, los juristas dogmáticos aceptan un mismo reglamento que es el derecho positivo y vigente (Ejemplo de la aplicación reglamento de fútbol).

La neutralidad de la dogmática jurídica

Los juristas dogmáticos están acostumbrados a establecer diferencias entre sus opiniones, como ciudadano sobre el derecho, y por otra parte, su trabajo de descripción del ordenamiento jurídico, puesto que los juristas dogmáticos se consideran sometidos a la ley. Normalmente aceptan que los valores generales del

ordenamiento jurídico deben prevalecer sobre sus valores personales, ya que deben adoptar un punto de vista jurídico interno que implica una serie de compromisos en pro de la seguridad jurídica.

Todo esto nos lleva a la primera regla fundamental de la dogmática jurídica que es la abdicación valorativa del jurista dogmático. Se discute la interpretación de la regla y si han ocurrido unos u otros hechos, pero nunca se discuten las reglas. Por lo tanto, solamente si un jurista dogmático abdica de sus valores personales puede trabajar en la dogmática jurídica. Sin embargo, a pesar de este planteamiento, la actividad de los juristas dogmáticos no está completamente subordinada a las reglas porque el objeto, el derecho positivo compuesto por normas jurídicas, está construido a través de lenguaje natural que tienen como característica la vaguedad y ambigüedad, no pudiendo llegar a ser completo, solamente sería así si el lenguaje fuera lógico-formal.

Es ilustrativa la distinción que realiza Kelsen entre sentido subjetivo de un acto y sentido objetivo. El **sentido subjetivo** es lo que un sujeto quiere o pretende y el **sentido objetivo** es el sentido atribuido por el ordenamiento jurídico. Lo subjetivo es subjetivo porque el ordenamiento jurídico no lo respalda.

¿Cuál es el posible error de Kelsen?

- ◆ Kelsen tiene razón en los casos rutinarios.
- ◆ En los casos difíciles no acierta al ser necesario que ocurra este debate doctrinal.

Sentido objetivo atribuido por el ordenamiento.

Nunca el sentido literal de una norma dura para siempre, sino que debe adaptarse, interpretarse normas jurídicas nuevas. La objetividad de los juristas por tanto exigiría su abdicación valorativa puesto que los juristas dogmáticos deben describir los textos del ordenamiento jurídico. Lo que hay que describir es la norma jurídica vigente en cada momento, bajo la cobertura del texto normativo originario. Por tanto, para Kelsen, si la dogmática jurídica ha de ser ciencia tiene que ser neutral y si es así, no puede tener funciones valorativas o prescriptivas. La tarea científica sería describir el derecho tal como es.

La primera regla de la dogmática es la abdicación valorativa del jurista dogmático que supone la aceptación acrítica de la legislación. Esto tiene como consecuencia que el jurista tiene su actuación limitada a un análisis del derecho positivo. Sin embargo pueden aparecer contradicciones entre el jurista entendido como ciudadano y el entendido como científico del derecho. Estas contradicciones no tienen por qué ser absolutas, el jurista puede intentar que su opinión se acepte como un sentido objetivo atribuido por el ordenamiento jurídico, creyendo así que está en el sentido objetivo. Una opinión personal puede darse como coincidencia con el ordenamiento jurídico o no.

La actividad dogmática mantiene también la creencia en la racionalidad intrínseca del legislador. Le atribuyen propiedades que no coinciden con las propiedades de los legisladores reales:

- ◆ El legislador es único
- ◆ El legislador es imperecedero
- ◆ El legislador puede prever todas las cosas
- ◆ Al ser racional no puede (o si puede) revisar ordenar absurdos ni contradicciones
- ◆ Al ser operativo no dicta normas redundantes o inútiles
- ◆ Se supone que es justo

En una encuesta a los jueces se les preguntó, ¿si una norma les lleva a obtener un resultado injusto que hacen? Dijeron que el legislador no puede haber querido un resultado injusto.

¿Cuál es la función del modelo de legislador racional?

Su función básica sería justificar la abdicación valorativa de los juristas dogmáticos y su vinculación al derecho positivo.

Razones para mantener el modelo del legislador racional:

- Creer que va a contribuir a la obediencia del derecho porque quién actúa contra el derecho lo hace antijurídicamente pero también contra la racionalidad.
- Este modelo se vincula históricamente a la aparición del Estado liberal de derecho el cual se legitima por:
 - ◆ Pretende someter la fuerza bruta al derecho.
 - ◆ Pretende ser expresión de la voluntad popular.
 - ◆ Establece la división de poderes
 - ◆ Somete la administración a la ley.
 - ◆ Garantiza ciertos derechos individuales básicos.

Conclusión: el derecho es expresión de la voluntad racional pero también de una voluntad políticamente legitimada.

- De este modelo de legislador racional se siguen importantes métodos de interpretación jurídica entre ellos el sistemático

Sujeción a la ley: se debe usar el derecho positivo tal como fue formulado por el legislador, pero desde este planteamiento la función del jurista sería conservadora del cuerpo normativo que recibido. Esta segunda regla se justifica desde tres puntos de vista:

- Filosófico: se fundamenta en la adopción del modelo del legislador racional porque ese modelo es expresión de racionalidad.
- Político: en nuestra cultura la separación de poderes es un principio importante, los juristas no tiene la función de fijar leyes sino de aplicarlas.
- Técnico: se supone que las leyes o códigos son acumulaciones básicas de experiencias y saberes jurídicos superiores a los que puede saber el jurista individual.

Las leyes codificadas ofrecen una experiencia básica resumida por medio de criterios relativamente caros para la resolución de conflictos, pero antes de la codificación encontrar la ley aplicable era tarea difícil.

Esta segunda regla de la dogmática puede interpretarse por una tendencia formalista, que supone que todo el derecho está contenido en las leyes. Una de las consecuencias es que los precedentes y los principios tienen carácter subordinado. Otra consecuencia es la importancia que han dado estas tendencias al valor de seguridad jurídica.

La seguridad Positivista predecibilidad

Jurídica Post-positivista predecibilidad + legitimidad

Según el positivismo legalista, los juristas debían descubrir el significado de la ley tal como lo había formulado el legislador y después tenían que subsumir hechos concretos en normas generales y externas.

Crítica a la supuesta neutralidad de la dogmática jurídica

La crítica a la dogmática jurídica del siglo XIX y principios del XX es una crítica al legalismo y al logicismo. La crítica al legalismo es crítica a la idea de que todo está contenido en las leyes. La crítica al logicismo es una crítica a la creencia de que las decisiones judiciales tienen carácter lógico-mecánico.

La jurisprudencia de intereses critica esos dos aspectos y suaviza los planteamientos de la Jurisprudencia de conceptos sin renunciar a la sujeción a la ley. La Jurisprudencia de intereses se sitúa dentro de la ciencia jurídica y afirma que si bien la ley sigue siendo una fuente preeminente, no es la única. También admite que el derecho no es completo, es imperfecto, por tanto, admite que hay lagunas y antinomias, para solucionar esto no basta sólo la ley.

Angel Latorre: En caso de que las leyes positivas se encuentren con problemas prácticos no previstos, estos problemas no se solucionarán por medio de deducciones como creía la jurisprudencia de conceptos, sino examinando los intereses en juego.

La conclusión es que la función del Juez no es sólo declarativa de lo que dice la ley, por eso el debate entre formalistas y antiformalistas ha servido para ver que ya no podemos mantener la vigencia positivista de que encontraremos en las normas jurídicas todas las soluciones a los conflictos jurídicos. Por tanto, hoy se acepta que las resoluciones judiciales no están todas completamente preprogramadas en las leyes.

Un positivista- Kelsen hizo matizaciones importantes a la propia tradición positivista y dijo que la tarea de interpretar y aplicación del derecho no es lógico-mecánica. Otro jurista positivista como Hart rechazó algunos planteamientos positivistas y reconoció que ante lagunas los jueces tienen discrecionalidad. Dworkin criticó a Hart porque para él el positivismo acepta algo inaceptable que es la separación absoluta entre derecho y moral. De momento debemos destacar que para Dworkin el razonamiento moral es importantísimo en el razonamiento jurídico en los casos difíciles. Además dice en perjuicio de Hart, que el derecho no se puede reducir a un conjunto de normas puestas por el legislador.

Ontología general lo que hay en el mundo

Ontología jurídica lo que hay en el mundo jurídico

Hart Derecho formado por reglas.

Dworkin Derecho formado por reglas, principios y directrices.

Para Dworkin las **normas jurídicas** son válidas o inválidas y se aplican o no se aplican (todo o nada). Además se identifican por su origen, cosa que no ocurre con los principios.

Los **principios** son standars que han de ser observados no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social, sino porque son imperativos de justicia. Básicamente definen e identifican derechos individuales clásicos. P.e.: Dworkin dice que si hay derecho a la libertad de expresión este se deberá proteger ya que vence frente a otros intereses. Los derechos no son absolutos porque hay principios y valores que deber sopesar.

Las **directrices** (sentencias que ordenan la conducta humana) son objetivos que han de ser observados y que pueden sopesarse entre ellas pero no con los principios. Los principios no son balanceables porque defienden y garantizan derechos, y los derechos son intocables. La Democracia no es simplemente la regla de las mayorías sino también la de las minorías que tiene derechos básicos, siendo intocables esos derechos básicos.

REVISAR (con otros apuntes)

Los principios son ideales de justicia y los derechos son triunfos frente a la mayoría, deben vencer a las opiniones colectivas, porque las opiniones de la mayoría pueden llegar a discriminar derechos individuales, pero la verdadera democracia hace prevalecer los derechos individuales sobre las opiniones de un círculo mayoritario.

El positivismo jurídico después de Kelsen acepta que los jueces tienen discrecionalidad frente a las lagunas y tiene que decidir según un libre arbitrio o conciencia subjetiva. Sin embargo, Dworkin critica eso mismo, diciendo que esta tesis es consecuencia de la típica identificación positivista de ley y derecho.

Si nos apartamos de esto y aceptamos que derecho es más amplio que la ley, y aceptamos que los principios ocupan un lugar relevante en el ordenamiento jurídico entonces la teoría de la discrecionalidad judicial aparece como una apelación al subjetivismo de los jueces. Dworkin se pregunta:

¿Deben los jueces acudir a un sentimiento interior personal de justicia en los casos difíciles? ¿No es más racional buscar argumentos que apelar a su conciencia subjetiva? Su conciencia subjetiva, ¿no son reglas aplicadas retroactivamente?

Genaro Carrió dice que las críticas de Dworkin están mal orientadas y que deberían dirigirse al positivismo jurídico formalista (Kelsen) y no al positivismo posterior (Hart). En cualquier caso, esas críticas han mostrado las conexiones entre derecho, moral, política y consecuencias políticas. Dworkin usa la estrategia de los casos difíciles para mostrar que los principios morales se usan a veces por los jueces para resolver los conflictos jurídicos que se plantean, es incluso a veces van en contra de la letra de la ley.

En tal sentido, el panorama jurídico europeo y norteamericano de los últimos 30 años ha cambiado por la crisis relativa del positivismo jurídico, como por la obra de Hart y Dworkin, eso tiene que ver también algunas otras crisis. La Guerra de Vietnam provoca la ética analítica: surgieron problemas de conciencia, ¿debo ir a la guerra o desertar? Rawls desarrolló la ética normativa para tratar de contestar las preguntas morales sobre lo que está bien y lo que está mal (esto surgió debido a la guerra de Vietnam y por la obra de Rawls).

Según Dworkin, el Utilitarismo no se toma los derechos en serio porque no los respeta y estos derechos benefician a la comunidad. P.e.: Produce felicidad que Gabriela no venga a clase. El utilitarismo hace perder el derecho de venir a clase de Gabriela, esto no puede ser así porque los derechos son triunfos frente a la mayoría, no pueden negociarse.

Ya no podemos pensar después de estas críticas al positivismo que la tarea de estos juristas consista sólo en observar las leyes, utilizándose solamente criterios jurídicos, sino que hay que acudir a criterios extrajurídicos (esto no significa que los juristas sean libres en su decisión, porque deben razonar y justificar que los criterios elegidos son los más justos y eficientes, por eso una tarea importante de la Dogmática Jurídica es la elaboración de argumentos jurídicos que justifiquen decisiones en casos difíciles).

Bobbio ha señalado que en épocas de cambio social la tendencia es a un relativo abandono de los criterios estrictamente jurídicos y acudir a criterios metajurídicos para solucionar mejor los nuevos problemas, y adaptar mejor el derecho a los cambios sociales. Sin embargo esta aptitud es temporal y excepcional porque hay un principio fundamental que es la sujeción a la ley.

Las críticas al positivismo jurídico han provocado excesos que han conducido a teorías decisionistas: las decisiones jurídicas son decisiones jurídicas????, y, por tanto se puede decidir sistemáticamente a favor de las clases menos favorecidos en los conflictos jurídicos.

Las teorías decisionistas afirman que las decisiones judiciales son decisiones políticas, de ahí su idea de politizar sistemáticamente la interpretación y aplicación del derecho. El art. 9.2 CE fue utilizado por movimiento como el Uso alternativo del Derecho en Italia para ir a favor de las clases populares y pobres. Martín Hollins habla del concepto de pobreza porque dependiendo de éste puede hacer referencia a dinero, actividades públicas, etc... La experiencia que se produjo en Italia fue insatisfactoria porque las decisiones judiciales sistemáticamente politizadas fueron respondidas en sentido inverso por las más altas magistraturas del país. El peligro de esto es riesgo que cae sobre el principio de seguridad jurídica y, por tanto, el de sujeción a la ley.

La Justicia del caso

Los jueces en general consideran que su función más importante es la de dictar sentencias justas. A diferencia de lo que ocurre con los conceptos positivistas de derecho, que no permiten incluir elementos valorativos, Tomás de Aquino incluía su concepción de Justicia como elemento básico del derecho, de tal manera que su exclusión suponía negar el concepto de derecho. Kelsen diría que el derecho puede tener cualquier contenido. Siempre podemos saber lo que derecho es sin acudir a consideraciones extrajurídicas.

Las leyes según Tomás de Aquino son justas si cumplen los siguientes requisitos:

1. Deber servir al bien común
2. Deben distribuir equitativamente las cargas
3. No faltar el respeto a Dios
4. Las leyes no deben exceder la autoridad del que las promulga

En una línea similar a Aristóteles, un jesuita español, **Francisco Suárez**, dice que la ley además de ser justa debe serlo también en su aplicación ya que una ley justa en su aplicación no lleva necesariamente, en todos los casos, a una aplicación justa, de ahí que la actividad de los juristas sea aplicar la ley de forma correcta para aplicar la ley. Es decir, la ley es de carácter general y sirve en general, pero no necesariamente en todos los casos, cuando falla surgiendo un resultado injusto hay que acudir a la equidad. Y añade siguiendo con Aristóteles que la tarea de aplicación del derecho tiende a la optimización de la ley.

Ley (justa) aplicación injusta

Equidad = caso concreto (universalización + interpretación analógica)

Esta idea de restituir la justicia perdida por motivo de la aplicación de la ley general constituye el fundamento de la tercera regla de la dogmática jurídica = la Justicia del caso o justicia material. Los juristas que privilegian este punto tienden a la construcción de teorías de la interpretación jurídica más complejas que el silogismo judicial. Sin embargo, cuando hay conflicto entre los principios de sujeción a la ley y el principio de Justicia del caso, ¿cuál prevalece?

En Alemania se produjo un debate entre dos civilistas, Larenz y Esser, sobre este último tema. Larenz sostenía que el principio de sujeción a la ley tiene primacía porque enfatiza el valor seguridad jurídica. En cambio, Esser dice que predomina el principio de justicia del caso porque enfatiza el valor justicia material. En tal sentido se pregunta Esser si los jueces primero deciden y luego justifican su decisión de manera que, por su experiencia personal se formarían una idea del caso antes de la interpretación de la norma y de la subsunción del supuesto de hecho en la propia norma. Esto significaría que la solución es anterior al silogismo judicial.

En opinión del profesor Urbina Tortella lo dicho por Esser no es cierto, porque en los casos rutinarios se actúa de forma automática cosa que no ocurre en los casos difíciles. En todo caso, cuando los jueces llegan a la conclusión de que la aplicación de la ley no da lugar a un resultado justo acuden normalmente a teorías dogmáticas que les permitan justificar otras soluciones más justas porque aplican el modelo del legislador racional, es decir, el legislador no puede haber querido un resultado injusto. Frente a estas opiniones, Larenz contesta a Esser negando sus planteamientos porque éstos suponen que el juez es más inteligente que la ley y viola la separación de poderes. A pesar de la polémica entre estos dos autores, hay que insistir en que ambos principios, de sujeción a la ley y de justicia del caso, son irrenunciables en nuestra cultura jurídica porque representan valores irrenunciables, tales como el principio de seguridad jurídica y el principio del valor

justicia material. [libertad (*laissez faire, laissez passer, le monde sera le même*) vs. igualdad (construye la libertad del individuo)]

Dos filósofos del derecho argentinos Echever y ¿???? (preguntar a profesor), han afirmado que a los juristas en general les cuesta reconocer que cualquier modificación en la interpretación de la ley supone una modificación del derecho legislador, porque reconocerlo supondría reconocer la función creadora del derecho por parte de los jueces, lo que iría en contra de ideas tan arraigadas de los juristas como la separación de poderes o la sujeción a la ley.

Con relación a la discrecionalidad judicial, Dworkin dice que no es tan amplia como sostienen los positivistas, ya que la actividad judicial está limitada no sólo por tribunales superiores, sino también por teorías jurídico-dogmáticas que ayudan a racionalizar algunas decisiones judiciales. También según Dworkin, el positivismo jurídico cierra la puerta a la moral y a la política porque serían ámbitos diferentes al jurídico. Sin embargo, a través de la discreción judicial se permite la entrada en el derecho tanto de la moral como de la política.

Puede decirse también, según Dworkin, lo que él pretende es prolongar la exigencia de argumentación jurídica en perjuicio de la subjetividad judicial o sentimiento personal de justicia del juez. Finalmente alguien podría decir que la dogmática jurídica no es racional porque en su ámbito hay tendencias contradictorias pero este conflicto entre principios es inevitable entre diferentes valores: seguridad jurídica y justicia material.

La Sistemática del derecho

La Sistemática es consecuencia del modelo del legislador racional que establece que 'debes tratar el derecho como sistema'. En la historia jurídica ha habido distintas concepciones de sistema:

- Iusnaturalismo racional: sistema de carácter deductivo, que parte de lo general deduciendo de los axiomas proposiciones particulares.
- Savigny: sistema inductivo que, a partir de normas jurídicas particulares, se infieren principios jurídicos generales.
- Kelsen: enfatizó la importancia del concepto de sistema para identificar el ordenamiento jurídico que sería, según Kelsen, un conjunto coherente y completo de significados normativos. Antes de Kelsen, el normativismo jurídico pensaba que el derecho era un agregado de normas, pretendiendo descubrir las características de las normas estudiándolas de forma aislada. Kelsen dice que esto es inalcanzable, no podemos conocer la norma jurídica aisladamente considerada, y por ello Kelsen construyó una teoría jurídica basada en el concepto de sistema. Pero este concepto de sistema como algo coherente y concreto entró en crisis hace 30 ó 40 años, incluso tuvo el valor de reconocer que se había equivocado diciendo que no era necesariamente un sistema, añadiendo que el derecho no es necesariamente un sistema sino que afirma que las normas jurídicas no son ni verdaderas ni falsas, sino válidas o inválidas, y tampoco podemos negar la existencia de conflictos reales entre normas jurídicas.

Bobbio afirma que no existe analogía entre el concepto de sistema jurídico y el concepto de sistema lógico porque cuando hay una contradicción, en un sistema lógico todo el sistema queda inservible, cosa que no parece ocurrir en el sistema jurídico que por el contrario se mantiene válido.

Las críticas antiformalistas han puesto de manifiesto, en primer lugar, que el derecho no es un sistema porque admiten o toleran la existencia de antinomias, y además, no las puede resolver todas internamente o intrasistémicamente, esto quiere decir que la coherencia no es una propiedad constitutiva de los ordenamientos jurídicos. Una prueba de que hay antinomias es la existencia de criterios para resolverlas, sin embargo los criterios clásicos de jerarquía, especialidad y cronología no son suficientes para resolver todos los casos de antinomia.

En segundo lugar, la crítica antiformalista ha puesto de manifiesto que el derecho puede tener lagunas, es decir, que el derecho no es completo. Una de las tareas importantes de la dogmática jurídica es completar el derecho, los argumentos son a simile o a contrario que tampoco soluciona todos los problemas (p.e.: chimpancé, cartel de prohibido perro y el guardia; el guardia debe justificar la analogía por argumentación y no por demostración).

En culturas jurídicas como la nuestra, influidos por la idea de la adhesión del poder judicial al legislativo, hay una gran reticencia por parte de los jueces a considerar derogadas las leyes por incompatibilidad. Por el contrario los jueces suelen utilizar el argumento de la coherencia para salvar la vigencia de las normas.

Resumen de la Sistemática:

1. Las reglas elaboradas para la dogmática no permiten una aplicación mecánica porque el jurista dogmático utiliza un lenguaje natural o cuasi-natural.

Lenguaje legislador lenguaje dogmático

No es mecánico el paso de uno a otro

Las leyes que contienen definiciones necesitan de interpretaciones. La vaguedad y la ambigüedad de tales lenguajes son lo que permite la argumentación moral y la propia insuficiencia de las leyes.

2. La dogmática jurídica tiene una función no sólo descriptiva del derecho vigente sino también reformuladora del mismo.

3. Debido a la vaguedad y ambigüedad del lenguaje jurídico, los juristas dogmáticos pueden defender valores personales como si fueran del propio ordenamiento.

4. La discrecionalidad judicial que el positivismo jurídico ha considerado importante no lo sería tanto, puesto que la actividad decisoria de los jueces está controlada por los tribunales superiores y por las teorías jurídico-dogmáticas.

5. A pesar de la existencia de tendencias contrarias en la dogmática, la dogmática jurídica sería una actividad racional porque hay un control de racionalidad elaborado por la propia comunidad jurídica.

Lección 5 (manual Lopez Calera Pág. 85 a 98)

Lección 6

La alternativa de Hart

Hart = teoría jurídica más importante del siglo XX, al igual que anteriormente lo fueron Austin y Kelsen.

Las normas jurídicas se entienden de diversa manera según las escuelas jurídicas. Para el Iusnaturalismo racionalista las normas son productos de la razón humana. Para el Positivismo jurídico de Austin las normas son mandatos del soberano. Para el realismo jurídico americano las normas jurídicas son el resultado de la práctica judicial. Para el realismo jurídico escandinavo las normas jurídicas son directivas sentidas como vinculantes por los jueces que se refieren al uso de la fuerza institucional.

En cambio desde la perspectiva de Hart las reglas no tienen que ver básicamente con lo que 'suceden' son que tienen que ver básicamente con lo que 'deben' suceder.

Sucede = Sociología, no nos sirve

Reglas

Debe suceder = análisis normativo

A diferencia de su predecesor las reglas o normas jurídicas no son mandatos puesto que las normas tienen aplicación general, no personalizada, y exige una conducta repetida. En cambio los mandatos son órdenes de persona a persona. Austin se adscribía a la idea de norma jurídica como mandato pero erró.

En opinión de Hart obedecer una norma y una regla supone dos aspectos:

- ◆ Interno: acomodar crítica y reflexivamente una conducta a un modelo de comportamiento. Espera justificadamente que los demás hagan lo mismo y criticar justificadamente al que se desvíe.
- ◆ Externo: consiste en la existencia de un comportamiento observable.

Hart establece una distinción entre dos conceptos:

- ◇ Hábito: convergencia fáctica de conductas e incluye un elemento de deber.
- ◇ Regla: lleva un elemento de convergencia fáctica pero, además, lleva una opinión generalmente compartida de que se debe adecuar esta conducta a un cierto modelo de comportamiento. Asimismo, crítica justificadamente las desviaciones. Deber + convergencia fáctica.

Dice Hart que el derecho está formado por reglas y no formadas por hábitos. Solamente con el concepto de regla se explica adecuadamente lo que es un ordenamiento jurídico y de ahí que critique la teoría jurídica de su antecesor, Austin, al utilizar conceptos inadecuados como mandato o hábito. Por lo tanto el positivismo jurídico inglés anterior a Hart estaba basado en conceptos sociológicos más que normativos, que obvian las razones justificativas. El derecho nos dice lo que se debe hacer siendo viable el concepto de regla.

Aclaración: hábito de obediencia: seguida por regla general por la mayoría de la población. El hábito ayuda a sacar conclusiones fácticas y observaciones, pero no a extraer razones jurídicas que la justifiquen.

Hart dice además que los mandatos (concepto básico de la teoría jurídica de Austin) sólo denotan una idea de jerarquía y de fuerza, en cambio, las normas al provenir de una autoridad legítima (estamos pensando en Democracia) no sólo denotan poder y fuerza sino que también suponen una apelación al respeto de la autoridad legítima.

Hart en su libro El concepto de Derecho comenta: `he pretendido en mi teoría jurídica facilitar la comprensión del derecho, de la coerción institucional y de la mora, en cuanto fenómenos sociales diferentes pero al mismo tiempo relacionados.

Hart realiza una crítica a la corriente Iusnaturalista y al positivismo jurídico anterior a él. La crítica al Iusnaturalismo ocurre porque asimilan el derecho y la moral, es decir, los iusnaturalismo no establecen una suficiente diferenciación entre derecho y moral, normas jurídicas y normas morales. También crítica al positivismo jurídico anterior a él puesto que asimilan derecho y fuerza, por lo tanto, el positivismo jurídico anterior no establece una suficiente diferenciación entre el derecho y la fuerza. De ahí que critique el modelo simple de John Austin en el cual el derecho es un sistema de ordenes o mandatos respaldados por amenazas o sanciones. Sin embargo argumenta Hart lo siguiente: no es cierto que todas las leyes ordenen a los destinatarios hacer o no hacer algo (normas penales), además de éstas hay otro tipo de normas como las que confieren potestades públicas o privadas.

Normas primarias de obligación

+ Normas secundarias de potestades públicas o privadas

Sistema jurídico

Las normas primarias son normas de conductas que imponen obligaciones, prescriben que los destinatarios hagan u omitan ciertas acciones lo quieran o no. En cambio, las reglas secundarias son normas que confiere potestades públicas y privadas, y establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir, modificar o escindir reglas o situaciones anteriores.

Las normas secundarias son públicas y privadas:

Reconocimiento

Públicas Cambio

Normas Adjudicación

Secundarias

Privadas

Regla de reconocimiento: especifica las características que han de tener las reglas para ser reglas válidas del sistema.

Reglas de cambio: permiten añadir, modificar o derogar reglas válidas del sistema.

Reglas de adjudicación: establecen los mecanismo para determinar cuando una regla debe ser aplicada o ha sido violada (función jurisdiccional).

¿Cuál es la función de las reglas de reconocimiento?

Es la de establecer los criterios para determinar la validez de los restantes normas del sistema. La regla de reconocimiento tiene un aspecto externo y un aspecto interno:

- ◆ Interno: aceptación de la regla como criterio para establecer la validez de las normas.
- ◆ Externo: hecho observable de que se configura como una práctica social en los jueces.

Criterios justificatorios

Es Es

Práctica Social = Regla de Reconocimiento

Al ser seres finitos nos remitimos a instancias superiores para justificar las decisiones, pero hay que pararse en algún escalafón para no entrar en la falacia Comunicativa y tender al regreso infinito. La regla de reconocimiento es el punto final y está fuera de las reglas de validez. El estar allí no siempre permite entender lo que hay, ya que es necesario tener los conocimientos suficientes para entenderlo, cosa que ocurre con las reglas de reconocimiento que aún y que no están encuadradas dentro de la demarcación de validez, son las que

tiene los criterios tienen para llevarla a cabo.

Dice Hart con relación a la regla de reconocimiento, que, donde quiera que se acepte tal regla de conocimiento, tanto los particulares como los funcionarios, tienen criterios con autoridad para identificar las reglas. Los criterios así dados pueden asumir una o más formas. Normalmente se hace referencia a normas legislativas, normas consuetudinarias y precedentes judiciales para saber lo que es derecho.

La regla de reconocimiento sirve para reconocer intrusos, pero, aún y así, se aplican normas que no cumplen las reglas, no cumpliendo totalmente su objetivo las reglas de reconocimiento aunque sí un alto porcentaje. Esto es porque las reglas de reconocimiento están formuladas en un lenguaje vago y ambiguo.

La regla de reconocimiento es una regla pública especial. Pública porque se configura a través de una práctica social pública, y Especial porque, mientras que las otras forman parte de la cadena de validez, ésta está fuera de la cadena de validez al ser la que da validez a las demás normas.

La importancia que en los sistemas jurídicos tienen los jueces se debe al ser los que establecen los criterios justificativos de validez, a causa de que las normas generales sirven en general pero no siempre en su aplicación concreta.

La diversidad de las normas jurídicas

La concepción del derecho como órdenes respaldados por amenazas tiene que hacer frente a la objeción de que los sistemas jurídicos modernos actuales tienen variedad de normas jurídicas, muchas de las cuales no responden al modelo simple ya mencionado. O sea, que no todas las normas ordenan hacer o no algo, y, éste es el caso de las normas que confieren potestades a los particulares para celebrar contratos, testamentos, matrimonios, etc..., y las que confieren potestades públicas. Dentro de las normas que confieren potestades públicas están las que confieren potestades judiciales y potestades legislativas:

- ◆ potestades judiciales: especifica el objeto y el contenido de la jurisdicción, las condiciones para ocupar el cargo y el procedimiento para dictar sentencias válidas.
- ◆ Potestades legislativas: especifican la materia sobre la cual puede ejercerse la potestad legislativa, las condiciones exigibles para ser miembro y el procedimiento exigido.

Por lo tanto, frente al criterio de la uniformidad de las normas jurídicas de Austin, Hart defiende la diversidad de las normas jurídicas. Uno de los argumentos aducidos para defender la uniformidad es el de considerar la nulidad civil o incumplimiento de una condición esencial como si fuera el castigo imputado por una norma penal.

Hart dice que esta pretensión sólo puede servir para crear confusión, a causa de que las normas penales tienen la función de desalentar ciertos tipos de conducta pero las formalidades civiles no tienen por objetivo desalentar conductas. Esta supuesta uniformidad también la critica en el sentido de que el propósito de quienes ejercen estas potestades es diferente del cumplimiento de deberes derivados de normas penales.

Por lo tanto, las potestades privadas y públicas no se entienden correctamente si se interpreta como órdenes respaldados por amenazas, ya que su función es dar facilidades para la creación de derechos y deberes.

Características de la sociedad simple (prejurídica o primitiva)

El modelo simple supone una estructura social simple o primitiva, y a partir de los defectos y de las imperfecciones de este sistema simple, intenta elaborar un modelo complejo que no tenga en cuenta sólo las normas primarias de obligación, que son las únicas que existen en esta sociedad simple.

Entre las características más importantes estaría la **estructura de reglas primarias de obligación** que requiere lo siguiente:

1º) que las reglas tienen que limitar el libre uso de la violencia, el robo, el fraude, etc..., para que sea posible la coexistencia social, aunque, además de estas reglas negativas, tiene que haber otras positivas que exijan el cumplimiento de ciertos servicios o contribuciones a la comunidad.

- ◆ comunidad: personas unidas por lazos que no existen en la sociedad y más vinculantes que los de la misma sociedad.
- ◆ Sociedad: individualidad muy arraigada.

2º) tiene que haber una mayoría que obedezca las reglas para que la comunidad pueda subsistir, aunque puede haber una cierta tensión entre el grupo mayoritario que obedece y algún grupo minoritario que rechaza algunas reglas.

3º) solamente en pequeñas comunidades fuertemente unidas por vínculos de parentesco y creencias comunes y un contexto estable, pueden sobrevivir con este conjunto de normas primarias de obligación.

Ahora bien, si estos condicionantes cambian podemos pensar que también el modelo jurídico simple va a cambiar exigiendo medidas complementarias que cubran el paso de una situación simple a una compleja. Pues bien, es esta situación simple o primitiva, las reglas observadas por el grupo no forman un sistema sino que constituyen un grupo de pautas de conducta sin características formales identificatorias claras ni procedimientos que permitan su clara identificación, por lo que se exigiría a la sociedad compleja reglas diferentes de las primarias de obligación. Por lo cual tenemos el primer problema de esta estructura que es la **falta de certeza**.

Un segundo problema es la imposibilidad de un cambio o adaptación deliberada de las normas a las nuevas circunstancias sociales porque la adaptación y el cambio deliberados presuponen la existencia de otro tipo de reglas además de las reglas primarias de obligación. Tenemos entonces el segundo problema del **carácter estático de las normas**.

El tercer lugar, tenemos la ausencia de un monopolio oficial de sanciones que provoca una **presión social difusa** para que se cumplan las reglas. Siendo la presión social difusa el tercer problema. P.e.: Manilowski; Crimen y costumbre en la sociedad salvaje: un asesino no es condenado a la cárcel por instituciones modernas, sino que la comunidad de la que depende, deja de hablarle, llevándole al suicidio. Esto demuestra que hay sociedades en que el individuo no existe siendo fruto de la Modernidad (Atomismo social de Charles Taylor).

Superación de los defectos

Hart propone complementar estas normas primarias de obligación con normas secundarias permitiendo así el paso de una sociedad simple o prejurídica a un sistema complejo. Para pasar a él hay que superar los defectos del sistema simple: falta de certeza, carácter estático y presión social.

Primer defecto: la falta de certeza se supera gracias a la regla de reconocimiento que establece las condiciones y características de pertenencia de las normas a un sistema, permitiendo así la clara identificación de tales reglas. Aunque sabemos que esta identificación no es completa y clara, y es una práctica de los jueces.

En los sistemas complejos las normas de reconocimiento son complejas, puesto que, en vez de identificar las reglas en base a un texto simple (Tablas de Moisés), se hace por referencia a alguna característica general que tengan las reglas, como haber sido sancionadas por un órgano legislativo, como por su larga vigencia consuetudinaria, o como por su relación con ciertas decisiones judiciales (precedentes judiciales).

Carácter bifronte de la regla de reconocimiento, habiendo dos expresiones de la misma (ya estudiado):

- ◆ En sentido estricto: aplicable a los casos rutinarios.
- ◆ Reglas de discrecionalidad: aplicable a los casos difíciles.

Segundo defecto: Para el carácter estático de las reglas primarias el remedio consiste en la introducción de reglas secundarias de cambio. Las formas más sencillas de estas reglas son aquellas en las que se faculta a un individuo o varios a introducir nuevas reglas primarias para la conducción del grupo social.

Tercer defecto: Presión social difusa, Hart propugna la introducción de normas secundarias de adjudicación que facultan a ciertas personas u órganos para decidir oficialmente cuando se ha producido la trasgresión de una norma.

Como consecuencia de todo lo dicho, Hart llega a la conclusión que para entender el derecho debemos entenderlo como un sistema de reglas primarias de obligación y reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación. Según Hart las normas primarias de obligación tienen prioridad lógica y cronológica respecto de las normas secundarias, es decir, que siempre son anteriores a las normas secundarias.

En cuanto a las normas secundarias se caracterizan por dos aspectos, por su función y por su contenido:

- Aspecto funcional: aparecen para remediar la falta de certeza, solucionar su carácter estático y para superar la presión social difusa.
- Aspecto del contenido: las normas secundarias no crean obligaciones sino que ofrecen poderes o potestades, por tanto, las normas secundarias se pueden considerar como metanormas, o sea, normas que se refieren a normas determinando, primero, los criterios de pertenencia, segundo, institucionalizando las sanciones, y, tercero, institucionalizando la promulgación normativa.

Finalmente, según N. Bobbio, las reglas de reconocimiento tienen tres formas de manifestaciones:

- Como una norma sobre las fuentes, indicando los actos capaces de producir normas.
- Como norma que se refiere a la validez de las normas en el espacio y en el tiempo.
- Como norma sobre la interpretación de las normas.

Todo lo dicho está reflejado en el Título preliminar del Código Civil.

Relaciones validez-eficacia

En opinión de Hart debemos distinguir entre eficacia y validez:

- Eficacia: se refiere al hecho de que una norma jurídica sea más frecuentemente obedecida que desobedecida.
- Validez: una norma jurídica es válida cuando satisface los criterios establecidos por las reglas de reconocimiento, pero tenemos que distinguir entre la eficacia del ordenamiento jurídico y la eficacia específica de la norma. De la eficacia del Ordenamiento jurídico no se deduce la eficacia específica de cada una de las normas que lo componen. En cambio, la eficacia específica de una norma si supone la eficacia del ordenamiento jurídico.

Finalmente, el problema de la existencia de un sistema jurídico tiene dos aspectos:

- En primer lugar, las actitudes y comportamientos que implica simple obediencia.
- En segundo lugar, las actitudes y comportamientos que suponen su aceptación (supuestamente crítica y reflexiva) de los valores básicos, bastando que, llevándolo al extremo, los jueces y funcionarios lo

aceptasen y el resto se comportaran como borreguitos, pero no es deseable. Ejemplo de los regímenes totalitarios en que las actitudes de obediencia son más amplias que los de aceptación.

Diferencias entre reglas jurídicas y reglas morales

Hart establece las principales diferencias entre las reglas jurídicas y morales en cuatro aspectos:

1. La importancia no es un aspecto esencial de todas las reglas jurídicas. Sin embargo, la importancia sí es un aspecto esencial de las reglas morales. Hay reglas jurídicas que no son importantes, pero todas las reglas morales son importantes porque sino no son reglas morales (Valores morales los primeros en la escala de preferencias por encima de intereses y deseos).

Es posible que una regla jurídica sea concebida como algo cuya preservación carece de importancia e incluso puede haber consenso en que tal norma jurídica debería ser derogada, pero sigue siendo una norma jurídica mientras no se la derogue. Contrariamente sería absurdo pensar que una regla moral forma parte de la moral si ya no se la considera digna de ser conservada como regla moral.

2. Las reglas morales, a diferencia de las jurídicas, son inmunes al cambio deliberado, no cambian simplemente por la decisión de los ciudadanos. Es aceptable decir que a partir del próximo mes se modificará una cierta obligación cívica pero no parece tener sentido establecer que a partir del próximo mes no será inmoral traicionar a los amigos. También hay reglas jurídicas con un cierto contenido moral que también se resisten al cambio deliberado (p.e.: suprimir pena a la violación).

3. El carácter interno de las normas morales significa que es condición necesaria para que se produzca una responsabilidad moral que el sujeto en cuestión tenga un cierto control sobre su conducta. Sin embargo, para la existencia de la responsabilidad jurídica no es necesario que se produzca este control. La responsabilidad jurídica no se ve excluida de este control, lo que nos lleva a la responsabilidad objetiva. Las dificultades de prueba de los hechos psicológicos pueden hacer que un sistema jurídico no permita la investigación de los estados mentales efectivos, y en su lugar utilice criterios objetivos según los cuales se supone que una persona posee la capacidad necesaria para tomar las precauciones propias de un hombre razonable. Contrariamente, en el ámbito moral afirmar de manera real y sincera, no puede evitarlo, es siempre una excusa válida (sino miente).

4. Mientras que la forma típica de presión jurídica es la disuasión por sanciones o consecuencias desagradables, la forma típica de presión moral es el propio respeto a las reglas como algo importante en sí mismo. Típicamente, por tanto, la presión moral se hace, no por amenazas, sino por advertencias de la calificación moral que merece la acción. P.e.: no hagas X porque sería injusto. Esto no afecta a la persona inmoral al no tener sentimiento de culpabilidad.

Lección 7

Características de las normas primarias

En opinión de Hart, las reglas primarias de obligación tienen las siguientes características:

- Se originan porque se consideran reglas necesarias para organizar la convivencia social y evitar o superar el caos social.
- Estas reglas definen modos de comportamiento que se consideran como partes o standards generales apoyados por una fuerte presión social.
- Estas reglas se expresan de forma típica según los usos del lenguaje normativo, o sea, deber-no deber, justo-injusto, etc...
- Las desviaciones de estas normas primarias son habitualmente objeto de crítica justificada, al menos

por los participantes. En el modelo simple de derecho de Hart, las normas primarias son obligatorias porque son directamente aceptadas por los miembros del grupo. En cambio en el modelo complejo, las normas primarias son obligatorias porque se introducen en el sistema a través de normas secundarias que son aceptadas al menos por los funcionarios (jueces) y por los expertos (abogados, notarios), mientras que el resto se aferra al concepto de obediencia parcial. Por lo tanto, en el modelo complejo de derecho, el punto de vista interno se ha trasladado en parte de la sociedad civil a la sociedad política y burocrática.

En la teoría de Hart subyace una obligación moral de obedecer ciertos tipos de normas, ya que las características de las reglas primarias de obligación presuponen ciertos principios morales, es decir, que cuando los miembros de una comunidad, aceptan o reconocen que para conseguir ciertos bienes básicos, básicamente libertad, igualdad, seguridad y propiedad, tienen que someter su conducta a determinadas prescripciones, entonces estarían bajo la obligación moral de obedecer el contenido de las reglas primarias de obligación que son básicamente negativas.

Estas personas tendrían la obligación moral de obedecer el contenido de las normas primarias porque les permite: acceder a ciertos bienes básicos y a una convivencia pacífica que es lo que permite que un sujeto se pueda convertir en un sujeto moral.

Por lo tanto, la noción de norma primaria de obligación dependería en última instancia de la existencia de una comunidad moral en la que por lo menos la mayoría de sus miembros esté de acuerdo en la aceptación de ciertos principios de conducta y en la crítica justificada de las desviaciones. Si esto es correcto, la pretensión de Hart de construir de manera neutral y autónoma el concepto de obligación jurídica habría fallado porque bajo ciertas normas subyace la aceptación de un conjunto de valores que se consideran necesarios para la organización de la convivencia social.

Aceptación Funcionarios (jueces) Burros obedecientes

para Hart Expertos

Lo ideal son sujetos morales con bienes básicos garantizados por las reglas primarias de obligación, es decir, normas.

Concepciones básicas del modelo de Hart (revisar con otros apuntes)

El modelo positivista de Hart tiene 3 concepciones básicas:

- ◆ Separación entre derecho y moral
- ◆ Concepción fuentes sociales del derecho
- ◆ Concepción de la discrecionalidad

1) Separación entre derecho y moral:

Según Hart las conexiones entre derecho y moral son contingentes, dependen de que los sistemas jurídicos incorporen ciertas pautas morales o principios morales, sin embargo esto puede interpretarse de dos maneras diferentes:

- ◆ Los positivistas jurídicos pueden querer decir que no hay relación necesaria entre todos los sistemas jurídicos y una sola moral (LA MORAL). Esto es trivialmente verdadero porque nadie lo discute (verdad indiscutible. P.e.: nadie es perfecto).
- ◆ Los positivistas jurídicos quieren decir que hay una separación conceptual entre cualquier sistema jurídico y alguna moral (esto es falso).

2) Concepción de las fuentes sociales del derecho:

Para que un sistema jurídico exista tienen que haber alguna forma de práctica social que incluya un aspecto activo y un aspecto pasivo.

- Activo: formado por jueces, abogados, etc... (expertos). Aceptación interna, consideran lo que es justo.
- Pasivo: la obediencia de los ciudadanos (punto de vista externo, p.e.: persona que actúa sólo según sus intereses). Es suficiente pero no deseable que los ciudadanos se comporten como burros obedientes.

Esta práctica social compleja es la que determina en cualquier sistema jurídico los criterios últimos de validez jurídica. Estos criterios se basan en el lenguaje del legislador pero este no basta por eso tenemos la práctica social compleja. P.e.: si una madre le dice a su hijo, se bueno, esto no basta porque hay casos en que no está claro lo que es ser bueno o malo. Al igual que se bueno, el lenguaje del legislador habrá casos que tampoco no está claro. Es un lenguaje complejo, y a veces no basta, esto es en los casos difíciles).

3) Concepción de la discrecionalidad jurídica:

En todo sistema jurídico siempre habrá casos no previstos legalmente. Esto es cierto desde un punto de vista pragmático, no desde un punto de vista lógico. Siempre los sistemas jurídicos tienen casos no previstos legalmente, por ello el sistema jurídico es en parte incompleto, si en todos estos casos los jueces no pueden inhibirse o remitir el caso al legislativo, entonces los jueces deberán ejercitar su discrecionalidad, esto supone que van a crear derecho porque no pueden aplicar derecho preexistente porque no lo hay.

Según la teoría jurídica positivista el sistema lo contempla todo. Según Dworkin, el sistema jurídico no lo contempla todo porque está formado también por directrices y principios.

Hart parece situarse en una posición intermedia entre los que defienden el carácter completo del derecho (por tanto, los que defienden la subsunción judicial lógica)????; y en el otro extremo los realistas jurídicos americanos. Hart está entre estas dos opiniones diciendo que hay un punto intermedio zona fija de significado y también que hay una zona fija de penumbra.???

Uno de los juristas Norteamericanos, LON FULLER decía que el positivismo jurídico de Hart, deja de ser positivismo jurídico al introducir éste, un elemento moral que sería la aceptación interna de reglas.

Hart critica a Austin, cree que el positivismo de Austin es equivocado porque usa aspectos sociológicos, Fuller critica a Hart porque ha introducido un concepto moral en el positivismo jurídico saliéndose, en su opinión del mismo.

El contenido mínimo del derecho natural en Hart

Hart dice que el derecho natural contiene contenidos importantes como la idea de supervivencia. En relación a la distinción entre conceptos de derecho y moral, Hart dice que la realización ;????? continua de algún tipo de iusnaturalismo se debe a que, a pesar de su metafísica contiene verdades que son importantes para la comprensión adecuada del derecho y de la moral. Hart pretende eliminar los elementos metafísicos de estos planteamientos y hacer una reformulación más simple. Para ello trata de recuperar tesis de Hobbes o Hume, sobre las características empíricas de los seres humanos y presupuestos inevitables de cualquier forma de convivencia social.

Por tanto, Hart toma de esos dos autores, aspectos que serían consustanciales a la naturaleza humana:

- ◆ De Hobbes toma el principio de auto-conservación y el deseo de más poder y riqueza.

- ♦ De Hume toma le interés por uno mismo y la simpatía altruista.

Por ende, Hart argumenta que dada la supervivencia como objetivo el derecho y la moral deben incluir ciertos contenidos específicos que Hart llama verdades obvias. El Derecho Natural según Hart tiene un núcleo de irracionalidad y buen sentido; y es que el fin de la actividad humana es la supervivencia, esto es justificado por el hecho de que la mayoría de personas durante la mayor parte del tiempo desean continuar viviendo. Este hecho es tan importante que se refleja en todas las estructuras de la lengua y del pensamiento. Por tanto, la supervivencia sería el presupuesto implícito y necesario de cualquier planteamiento sobre las instituciones jurídicas y sociales. Una crítica a esta postura es que esto último sólo sería elementos o presupuesto esencial cuando la supervivencia está en peligro.

Verdades obvias: condiciones mínimas necesarias para la viabilidad de las distinciones jurídicas:

- Vulnerabilidad humana: los seres humanos son vulnerables y por ello es necesaria la existencia de normas jurídicas que prohíban la violencia. Las exigencias comunes del derecho y la moral no consisten en su mayoría en prestaciones activas sino en abstenciones que son las que restringen el uso de la violencia.
- Igualdad aproximada: aunque los seres humanos son diferentes hay una igualdad aproximada que hace evidente la necesidad de algún sistema de cooperación que está en la base de las obligaciones jurídicas y morales.
- Altruismo limitado: Los seres humanos no somos ni ángeles, ni demonios. En una comunidad de ángeles, jamás tentados por el deseo de dañar a otros, las reglas que prescriben abstenciones no serían necesarias, y en una comunidad de demonios dispuesta a destruir y a pagar cualquier precio por hacerlo, tales reglas serían imposibles.
- Recursos limitados: los recursos son limitados por lo que se requiere alguna forma mínima de institución de la propiedad que debe respetarse, es una mera contingencia que los seres humanos necesitan alimentos, ropa y resguardo que no están disponibles en abundancia ilimitada sino que son escasas (por ello se necesita algún tipo de institución de la propiedad).
- La comprensión y fuerza de voluntad limitadas: la comprensión y la fuerza de voluntad de los seres humanos es limitada, y por ello hacen falta sanciones pero no como un motivo normal de obediencia sino como garantía de que los que obedecen de forma voluntaria no serán sacrificados a los que no obedecen. P.e.: Los que pagan impuestos y los que no pagan; ¿verían con buenos ojos los estudiantes que no copian que los que copian no sean sancionados?

En resumen, estas verdades obvias no son condiciones imprescindibles para que un sistema normativo sea un sistema jurídico sino que expresa las condiciones mínimas para que un sistema jurídico sea viable o eficaz.

Características del realismo americano

NO es una de las teorías post-positivistas; sino que es de carácter realista (teoría de la eficacia social).

Podemos decir que el movimiento realistas jurídico americano asume como objeto de conocimiento jurídico, no el derecho que está en los libros, sino el derecho operante, de acuerdo con la clasificación siguiente del americano Roscoe Pound; distinguiendo entre law in books y law in action.

Esta corriente realista americana tiene su origen en la teoría del famoso juez de la Corte Suprema Oliver Wendell Holmes. La teoría jurídica del juez Holmes, recogida en su obra la senda del Derecho; da las ideas que constituyen el fundamento de todas las corrientes del realismo americano. Según Holmes una obligación jurídica no es nada más que una predicción de que si un hombre hace o deja de hacer ciertas cosas tendrá que sufrir ciertas consecuencias, debido a la sentencia del Juez.

Por tanto, ¿qué es derecho? Se pregunta Holmes y es las profecías de lo que harán los tribunales. De ahí que

Holmes nos habla del punto de vista del hombre malo; esto es, el adecuado para entender el Derecho. Este punto de vista es el de quien sólo está interesado en evitar las consecuencias desagradables que puede aplicarle el derecho. De ahí la importancia de predecir lo que harán los jueces (el hombre malo no habla de deber, lo que interesa es evitar dichas consecuencias; a distinción del hombre bueno, que sí tiene un concepto de deber y es capaz de actuar en consecuencia. Puede no hacer algo por temor o bien porque piensa realmente que es moral).

Los juristas realistas americanos profundizarán por este camino (el del hombre malo) y, rechazando todo intento de concebir el derecho como un sistema lógico, se dedicarán al análisis del funcionamiento real de los Tribunales, de los factores reales que influyen en su precisión, de la importancia de los factores extra-jurídicos, incluyendo la educación de los jueces, origen, social, ideología, etc... (esto es la *law in action* más relevante que la *law in books*). Por tanto, factores reales, y por ello es necesario atender también a factores extra-jurídicos, pues no sólo la norma y su supuesta de hecho tipifican la realidad de las decisiones judiciales.

Caracteres más importantes del realismo americano:

- Escepticismo hacia las reglas como medio suficiente para alcanzar decisiones judiciales. Por ello, dicen que del conjunto de factores que determina la solución de cada caso, las normas jurídicas son sólo un elemento a tender en cuenta, no el único.
- Fuerte valoración de los factores extra-jurídicos de carácter ético, político, económico..., en el análisis de las decisiones judiciales.
- Énfasis en los aspectos no-lógicos, en los factores inconscientes y en los prejuicios, tanto en jueces como en jurados, a la hora de determinar qué es el derecho, en la medida en que dichos factores afectarán las decisiones judiciales.
- Actitud relativista frente a la certeza del derecho: el derecho es esencialmente incierto para los realistas, incertidumbre que reposa tanto en la vaguedad y ambigüedad de las normas, como en la dificultad de verificar los hechos alegados en el proceso. Miquelle Tarufo, en la Prueba de los hechos, nos dice que se trata de establecer como pueden ser identificados conocimiento básicamente inciertos pero que pueden ser básicos para el proceso. Lo más importantes es racionalizar la incertidumbre. Tarufo nos habla de grado de aceptabilidad y de racionalizar la incertidumbre por medio de la justificación racional. Habría que entrar en Filosofía de la Ciencia para comprender esto, puesto que no es alcanzable la verdad absoluta. La incertidumbre sólo puede alcanzar una racionalización a través de la justificación racional. En el siglo XIX por influencia de la jurisprudencia de conceptos, se creía en el silogismo judicial (operación lógica deductiva de encasquetar un hecho en la norma). Este proceder ya se ha abandonado en pro de la justificación racional.
- Necesidad de conocer los datos reales de la vida jurídica, a cuyo fin realizaron investigaciones sociológicas cerca de los testigos, los jueces y jurados.
- Estrecha vinculación con la actividad jurídica práctica, de ahí que centraran su interés de forma casi exclusiva en la actividad judicial.

En opinión de Hart, y a diferencia de los realistas, en el derecho no todo son zonas de penumbra, sino que hay también una zona fija de significado. Para los realistas jurídicos americanos el derecho es incierto porque es tenebroso. En cambio, para Hart, aún y reconociendo su mérito, existe una zona fija de significado, y por otro lado, una zona penumbrosa. Sólo en dicha zona se admitirán reflexiones extra-jurídicas, a distinción de lo que piensa el realismo jurídico americano.

La jurisprudencia de conceptos del siglo XIX consideraba toda zona fija de significado, a diferencia del realismo americano, al que se contraponen diametralmente (Lo señalado por la jurisprudencia de conceptos ya no se sostiene en la actualidad. Las zonas de penumbra son llamadas por Hart también fronteras).

A pesar de las críticas que hace Hart al realismo, sin embargo, reconoce el mérito que tiene el realismo en la

crítica del método tradicional. La teoría jurídica tradicional que veía el silogismo judicial como un método o razonamiento deductivo. Si fuera este el método serían meramente técnicos al responsabilizarse sólo de las normas y no de su interpretación.

Existen dos tendencias en el realismo jurídico americano:

* Una encabezada por Hewellyn, llamados escépticos frente a las reglas. Para ellos no se trata de rechazar las normas propuestas sino que centra su atención en el estudio de los demás factores extra-normativos que intervienen en la decisión judicial, y que instituye la auténtica norma de derecho.

Regla = norma puesta + factores extra-normativos

Como dice el profesor Hierro, el escepticismo frente a las reglas pretendió basar la seguridad jurídica en una certeza científica. Para conseguirlo abandonarán el culto a la norma jurídica y la sustituyen parcialmente por un estudio empírico de los componentes de la decisión judicial.

*Otra tendencia es encabezada por Frank, llamada escepticismo frente a los hechos. El condicionante definitivo de la decisión judicial estaría en los hechos ya que en la gran mayoría de los hechos jurídicos se plantean problemas fácticos más que de normas aplicables. En opinión de Frank, nadie puede saber con antelación y completa certeza lo que un tribunal tomará como hechos o que precedente tendrá en cuenta.

Miquelle Tarufo en su libro dice que esto de aspirar a la completa certeza es una idiotez (M. Bunge). Dado que nos movemos en el ámbito de lo incierto, lo que podemos hacer es racionalizar la incertidumbre. Para ello necesitamos recopilar datos y colocarlos de manera convincente mediante argumentación jurídica.

Características del realismo escandinavo

El punto de partida de estas doctrinas es menos práctico que el realismo americano puesto que este último se centra de manera casi exclusiva en la actividad judicial, mientras que el escandinavo se preocupa además de la actividad judicial, se ocupa del derecho como sistema jurídico y de su fundamentación. En este sentido creen que la aceptación generalizada de las normas jurídicas como vinculantes u obligatorias se debe a un proceso de condicionamiento psicológico. Como seres sociales llevan el proceso de aprendizaje al estudio psico-social.

El realismo americano se fundamenta en escandinavo se fundamenta en una doctrina que es el positivismo lógico que dice, entre otras cosas, que la única realidad es aquella que puede situarse en el espacio-tiempo. Una consecuencia importante de esto es que los derechos y deberes jurídicos no existen realmente sino que son el resultado de condicionamientos psicológicos y sociales. La mente humana responde de determinadas maneras a ciertos tipos de presión social y condicionamiento psico-social. [Olivecrona, el derecho como hecho, método de condicionamiento por repetición utilizado por Gedell en la Alemania nazi y criticado por Russell] Packard: (Hidden persuaders).

Un representante destacado es Olivecrona que proclama que el derecho es un fenómeno psíquico colectivo cuya fuerza vinculante u obligatoriedad sólo tiene realidad en la mente humana. En consecuencia, los conceptos de derecho y deber jurídico son imaginarios y constituyen una creencia sin justificación racional al no corresponderse a hechos reales. Según Olivecrona, todo se debe a que determinadas palabras, discursos y procedimientos vinculados a la fuerza institucional suscitan en las personas sentimientos de obligatoriedad. (Brave new world: trata la felicidad, los epsilon debido al placer tecnológico pierden la capacidad crítica y se limitan a obedecer).

Crítica a los planteamientos escandinavos: Sin embargo reducir el derecho a un proceso psicológico es criticable. Es cierto que los conceptos jurídicos son irreales en el sentido que no están situados en el

espacio-tiempo, pero rechazar los conceptos jurídicos por irreales supondría rechazar completamente el pensamiento conceptual. Los conceptos jurídicos son construcciones mentales pero no son reducibles a psicología al igual que ocurre con la lógica, que también es construcción mental pero no reducible a la psicología. Por lo tanto, los conceptos en general forman parte esencial de nuestro lenguaje y de nuestra forma de vida; y el derecho es algo más que un condicionamiento psicológico, es un concepto clave para entender la naturaleza social de los seres humanos.

El otro gran jurista escandinavo es Ross. Para él, las normas jurídicas son directivas cuya función es dirigir el comportamiento de jueces y ciudadanos. Ahora que, mientras que, para Kelsen la existencia de la norma jurídica reside en su validez formal, para Ross reside en su eficacia. De ahí su definición de sistema jurídico nacional como conjunto de normas efectivamente operantes en la mente de los jueces, es decir, la forma de verificar la validez del derecho está constituida por el comportamiento de los jueces, no de los ciudadanos, ya que cuanto más obedecen las normas los ciudadanos más difícil es saber si las normas tienen validez, porque los jueces tienen menos probabilidades de manifestar sus propias reacciones.

¿Por qué los jueces son tan importantes? Porque los juicios que emiten los jueces emiten influidos por estas directivas constituyen la base para la acción ejecutiva y el uso de la coacción institucional. Digamos finalmente que para el realismo escandinavo, el derecho no es aplicado porque es derecho sino que es derecho valido porque es aplicado.

Lección 8

Para Dworkin es necesario para comprender el positivismo jurídico conocer el utilitarismo, utilitarismo que es considerado una doctrina moral.

La doctrina moral utilitarista

Ha sido la doctrina moral que debe su aparición a finales del siglo XVIII y principios del XIX, ejerciendo la influencia más poderosa en el ámbito occidental y de forma especial en el ámbito anglosajón. Puede decirse que hasta hace unas décadas en que se produce una fuerte reacción al utilitarismo fruto de la crisis de Vietnam, se consideraba como la única alternativa moral valida para justificar tanto las acciones individuales y las instituciones políticas y jurídicas.

Los fundadores del utilitarismo, Jeremy Bentham y John Stuart Mill, como otros filósofos utilitaristas posteriores, están en desacuerdo en cuestiones importantes por lo que resulta difícil una caracterización general del utilitarismo. Sin embargo hay un acuerdo básico en que el utilitarismo es una doctrina moral consecuencialista, es decir, que las acciones no tienen un valor moral intrínseco sino con relación a la bondad o la maldad de las consecuencias. Ahora bien, la bondad o la maldad de las consecuencias o acciones están determinadas por la medida en que afectan la realización de ciertos estados de cosas que sí se consideran intrínsecamente buenos. Por lo tanto debemos distinguir en consecuencia:

1º) Los estados de cosas que son intrínsecamente buenos como el bienestar general.

2º) Los estados de cosas que lo son instrumentalmente, o sea, medios para realizar lo que es intrínsecamente bueno o malo.

Para Bentham las normas son medios para llegar a fines.

En el Utilitarismo existen diversas clasificaciones. Una primera clasificación la tenemos entre el utilitarismo egoísta y el utilitarismo universalista. En el primero las consecuencias que pueden hacer una acción buena o mala son las consecuencias que afectan sólo al propio agente. En cambio para el segundo las consecuencias que hacen una acción buena o mala son las que afectan al bien de la humanidad. El problema es aclarar este

concepto porque exigen previas decisiones sobre lo que es bueno o malo exigiendo información.

Otra clasificación está entre utilitarismo hedonista y utilitarismo idealista según se considere que el bien intrínseco es el placer (hedonista), o bien, incluyendo a la vez que el placer, otros estados de cosas como la amistad, conocimiento y goce estético. En relación a la vinculación utilitarista con placer, es la definición de maximizador del placer y minimizador del dolor. Putnam en su libro *Brain in a vat* dice que nunca se aceptaría vivir con su cerebro enchufado a una máquina que maximizara el placer y minimizara el dolor, y que nadie lo haría, de manera que esto es erróneo porque vivir auténticamente la vida implica dolor.

En relación al utilitarismo universalista, que si bien excluye toda tesis ética egoísta no es incompatible con una fundamentación psicológica egoísta, es decir, los fundadores del utilitarismo creyeron encontrar la fundamentación de su doctrina utilitarista en la propia naturaleza egoísta de la psicología humana. Y en este sentido decía Bentham la naturaleza ha puesto a la humanidad bajo el gobierno de los soberanos, el placer y el dolor.

John Stuart Mill dijo: Prefiero ser un Sócrates insatisfecho a un cerdo feliz. Así que Mill plantea una cuestión; ¿de qué tipo de felicidad hablamos? (Para él existe un tipo de felicidad identificable con la satisfacción).

Los utilitaristas actuales prefieren interpretar la felicidad, no como una suma de placeres, sino como la satisfacción de las preferencias que las personas en general pueden tener. Sin embargo, tanto si el bien intrínseco se identifica con el placer, como si lo hace con la satisfacción de las preferencias, hay una característica que parece ser distintiva del Utilitarismo: la asociación del bien moral y las preferencias de los individuos. Esto, a diferencia de las actitudes deontológicas, es decir, no consecuencialistas, que admiten que hay estados de cosas moralmente buenas con independencia de las preferencias de los individuos. P.e.: X es bueno moralmente en la medida en que es valorado positivamente por los individuos (utilitarismo). En cambio, la moral deontológica entiende que existen consideraciones buenas o malas moralmente, con independencia de las opiniones.

Para el utilitarismo; es la sociedad la que define lo que es moralmente bueno (nada es malo en sí mismo). Finalmente, si hubiera que definir el Utilitarismo como doctrina ético-normativa diríamos que es la doctrina que defiende un principio último para la valoración de las acciones humanas. Dicho principio es la mayor felicidad para el mayor número.

Utilitarismo del acto y de la regla

El utilitarismo del acto dice que el principio de utilidad es aplicable directamente a cada acción individual. Por lo que en cada caso, para saber si una acción es moralmente correcta, hay que establecer si sus efectos incrementan más que disminuyen la Felicidad General. P.e.: en un pueblo de Alabama se viola una chica blanca joven, el KKK quiere vengarse porque se cree que ha sido un negro, y empiezan a maltratar a negros. Los jefes del pueblo deciden inventar que ya tienen al culpable y dicen que es un negro borrachín para parar la masacre del KKK, de acuerdo con el utilitarismo del acto, esto es correcto porque ha conseguido la felicidad de la mayoría.

El utilitarismo de las reglas dice que las acciones individuales no se valoran como moralmente correctas o incorrectas por aplicación directa del principio de utilidad. Sino de acuerdo con ciertas reglas como las que prohíben matar, robar, etc..., son éstas y no los actos concretos los que se valoran y se confrontan con el principio de Utilidad. Por tanto, hay que actuar conforme a las regla/s cuya aplicación proporcione el mayor bienestar y la felicidad para el mayor número. De ahí que la pregunta pertinente sea: es de utilidad tener una regla que obligue a... (p.e.: a cumplir promesas, castigue el robo, etc...?).

Los utilitaristas del acto sostienen que las reglas son solamente guías prácticas, orientaciones. Pero que deben abandonarse cuando se demuestra que una acción individual que viola una regla tiene más consecuencias

beneficiosas que el hecho de obedecer esta regla. Pero de este modo, el utilitarista del acto, deberá reconocer que en ciertas circunstancias es moralmente aceptable condenar a un inocente si con ello obtenemos más beneficiosa que perjuicios. Sin embargo, ello no sería aceptable para el utilitarista de las reglas ya que, difícilmente, dirá, consideramos útil establecer una regla que permita la condena de los inocentes. La crítica del utilitarista de la regla es difícilmente consideramos útil fijar una regla que permite condenar a los inocentes (y no injusto). Así una de las críticas a Kant es la exigencia de universalidad de los juicios morales. Absolutizar un deber puede llevar a problemas más concretos cuando la perspectiva prudencial no coincide con la moral; esta última considera los intereses generales.

El utilitarismo de la regla mantiene que el acto concreto es consecuente con la regla moral que eleva al máximo la utilidad posible de la situación. Sin embargo, algunos filósofos critican que el conjunto justificado de reglas morales puede llevar a principios que no eleven al máximo dicha utilidad, (lo cual es contradictorio con lo anterior) en casos concretos. El utilitarismo de la regla es así, incoherente, porque acepta y rechaza la utilidad como último standard de corrección.

De todos modos puede tenerse en cuenta que las reglas se valoran como moralmente correctas no por el hecho de que las consideremos o no justas, sino por su utilidad. Así, distinguiendo el dominio de las mayorías del principio de las mayorías, en el primer caso aquellos podrían elaborar reglas que fueran injustas, pero desde el utilitarismo, provechosas en cuanto a la mayor felicidad para los más.

Entre las ventajas del utilitarismo señalamos:

- El principio de utilidad es bastante realista en tanto que se aproxima a las actitudes psicológicas de la gente. Hay que diferenciar el nivel fáctico del normativo (decir que todos lo hacen no es justificación a nivel moral; a menos que se sea utilitarista).
- El utilitarismo es atractivo por su aspecto igualitario, ya que cada persona cuenta como uno y toda preferencia en igualdad de circunstancias recibe el mismo peso, independientemente del titular de dicha preferencia. Es un principio plenamente democrático porque la propia opinión vale tanto como cualquier otra (no es inmoral).
- En tercer lugar, es atractivo el utilitarismo porque no parte de fines que se consideran válidos con independencia del reconocimiento de los individuos. Al ser consecuencialista, la bondad y maldad no reside en sí misma sino en las consecuencias, al contrario que las doctrinas deontológicas que no son consecuencialistas. Las preferencias de la mayoría puede llevar a grandes exclusiones al no haber nada previamente bueno o malo debiendo esperar a las consecuencias para extraer alguna conclusión.
- La cuarta ventaja es que, aunque racionalmente el principio de utilidad no es demostrable es el único aspecto que se puede aceptar axiomáticamente, en contraste con la variedad de principios últimos que se presuponen en otras doctrinas morales, porque los principios últimos nos llevan a la regresión al infinito para la justificación. En el caso de las teorías con principios únicos, caen en la falacia reduccionista llegando al simplismo, siendo mejor la multiplicidad de principios aunque sea difícil conjugarlos.

Algunas críticas al utilitarismo

1º) Si la corrección o incorrección moral de un acto depende de si todas las consecuencias favorecen o perjudican la felicidad general nunca podremos saber si un acto es o no moralmente correcto porque las consecuencias son infinitas. Para que sean manejables hay que cortar; un corte que es selectivo e implica valoración (el que es causa de la causa es causas del mal causado), no siendo los cortes objetivos (p.e.: el caso de algunos historiadores).

2º) El utilitarismo de los actos sería negativo en una sociedad en que todos o la mayoría fueran utilitaristas, ya

que, o desaparecería o se debilitaría seriamente la estructura normativa de la sociedad en la medida en que ya no vincularía normativamente a nadie. La incertidumbre creada rompe con el principio de confianza (trust) de Russell, necesario para la vida. Se necesita personas con posiciones deontológicas.

3º) Otro problema del utilitarismo es la dificultad insuperable de comparar deseos e intereses de diferentes personas para hacer el cálculo de las consecuencias. El fallo está en que creían haber encontrado una teoría moral científica que se puede cuantificar según su valor (económico, social, etc...); valor que en realidad es inconmensurable al no estar establecidas las tablas de valor para ello.

4º) El utilitarismo sólo se preocupa por consideraciones que tienen que ver con la maximización del bienestar general que es sólo un aspecto de la moralidad, marginando el problema importante de la distribución o redistribución.

S(1) S(2)

80% come 10 pollos al año aumenta la 80% 20 p/a

20% come 1 p/a producción 20% 1 p/a

En este ejemplo, es mejor el cambio de situación y las consecuencias que se derivan al aumentar el bienestar general, no teniendo en cuenta la distribución. No obstante, ello no significa que lo mejor sea el igualitarismo, porque tenerlo como único principio nos lleva al reduccionismo, además, existen diversos tipos de igual. Adelantando la Teoría de Rawls decir que su concepto de igualdad está ligado al de meritocracia.

5º) Finalmente el utilitarismo no tiene en cuenta la independencia y al separabilidad de las personas, unificando los deseos e intereses de los individuos en un todo, de forma que ya no importa de quienes son los deseos o intereses satisfechos o insatisfechos, lo único que importa es el aumento global.

El Utilitarismo tiene discrepancias a parte de algunas cuestiones centrales como el bienestar general y el carácter consecuencialista que comparten todos los utilitaristas. Pero desde el principio ya aparecen problemas con el utilitarismo en el concepto de felicidad, discrepando entre sus dos máximos exponentes:

- John Stuart Mill: prefiere ser un Sócrates insatisfecho (niega la satisfacción).
- Jeremy Bentham: estamos sometidos al placer y el dolor.

Bentham: principio de autoreferencia animal racional y egoísta, que nos lleva al homo oeconomicus y a la Economía, el cual intenta maximizar sus preferencias, placeres y beneficios. Pero esto no es cierto porque también somos homo sociologicus siendo necesaria la cooperación. En el caso del homo oeconomicus el altruismo no existe. Pero lo que debe primar es el aparcamiento de los intereses para ayudar a los demás.

Lección 9

R. Dworkin: Reglas y principios.

Si la obra de Hart puede entenderse como el exponente más importante del positivismo jurídico de la segunda mitad del siglo XX, tampoco hay duda de que Dworkin está considerado como su principal oponente. Dworkin critica la idea general de que existe un criterio fundamental en la regla de reconocimiento que nos permita distinguir siempre entre derecho y moral.

Hart afirma que podemos solucionar o resolver lo que el derecho es por referencia a la regla de reconocimiento, que identifica ciertas fuentes como leyes, precedentes judiciales, etc..., como las auténticas

fuentes del derecho, en el sentido de que una regla cuenta como derecho si emana de tales fuentes.

Pues bien, algunas veces no será claro si una regla se aplica o no se aplica a un cierto caso a consecuencia de la textura abierta del lenguaje, por ello a veces no está claro si una regla relativa a los vehículos debe aplicarse también al carrito del helado o a uno de pedales porque no está claro que cuentan también como vehículos. En tales casos el tribunal tiene discreción y tendrá que atender a consideraciones políticas y de justicia. Ahora bien, este ejercicio de discrecionalidad judicial en la mayoría de los casos no será necesario.

Asimismo, Dworkin critica este marco general del derecho y del razonamiento jurídico y, en tal efecto, comienza discutiendo el caso *Riggs vs. Palmer* en el cual había un testamento válido que se redactó a favor del que sería asesino del testador. Pues bien, las normas existentes sobre sucesión no contenían excepciones relativas a este caso y, a pesar de todo, el tribunal decidió que la aplicación de las normas estaba sometida a los principios generales del derecho, en concreto, al principio de nadie se aprovechará de su propio delito.

Este caso, según Dworkin nos muestra que el derecho no consiste en normas de letras negras (las que nos encontramos escritas), sino que está formada a su vez de principios que se diferencian de las normas en una serie de aspectos:

- Las normas se aplican de forma que es todo o nada. Si una norma se aplica al caso y es válida esa norma, entonces el caso debe resolverse de acuerdo a esta norma. En cambio, un principio da una razón para resolver el caso o decidir de cierta manera sobre el mismo, pero no de manera concluyente. Por lo tanto, un principio puede ser un principio jurídicamente vinculante y no aplicarse al caso, pero, sin embargo, el caso no se resuelve necesariamente de acuerdo a este principio. Esto se debe a que los principios sí entran en conflicto y deben superarse entre sí.
- Las normas válidas no entran en conflicto; si dos normas parecen que entran en conflicto no pueden tratarse las dos como válidas. Los sistemas jurídicos tienen técnicas para resolver tales aparentes conflictos entre normas válidas, típicamente, los criterios jerárquico, cronológico y de especialidad. Sin embargo, los principios jurídicos pueden entrar en conflicto y seguir siendo ambos principios jurídicos vinculantes.
- Debido a que pueden entrar en conflicto los principios jurídicos, tienen una dimensión de peso que no tienen las normas, a consecuencia de que las normas son válidas o inválidas, a diferencia de los principios que deben ser balanceados o confrontados los uno con los otros.

Este análisis de diferencias puede parecer difícil de encajar con la propia discusión de Dworkin sobre el caso *Riggs vs. Palmer* porque, ¿no fue este caso, un caso en el que un principio, el de nadie se aprovechará de su propio delito, entró en conflicto con una norma de sucesión testamentaria? ¿Y no sugiere el análisis de Dworkin que los principios sólo entran en conflicto con otros principios y no con normas?

La respuesta es que el caso *Riggs vs. Palmer* es, a pesar de las apariencias, un enfrentamiento entre principios y no un enfrentamiento entre normas y principios, es decir, las normas de sucesión testamentaria vinculaban al tribunal debido a ciertos principios subyacentes como las leyes de una legislatura democrática deben ser respetadas tal como están redactadas. Este principio entró en conflicto con el de nadie se aprovechará de su propio delito. El tribunal al decidir que el último principio era decisivo no decidía que tal principio siempre tendría más peso que el otro, más bien estaba decidiendo que la consecuencia de permitir al asesino heredar de su víctima sería una infracción tan grave a los valores protegidos por tal principio que en estas circunstancias debía prevalecer.

Este análisis nos permite ver como los tribunales pueden cambiar el derecho mientras lo están aplicando. Esto puede parecer paradójico porque no podría aducir que si los tribunales cambian el derecho deben hacer esto desviándose de la estricta aplicación del derecho. Sin embargo, podemos ver en el ejemplo de *Riggs vs. Palmer* que un tribunal puede crear una nueva percepción a las normas establecidas, pero hace esto sobre la base de principios jurídicos, de esta manera, el tribunal en el caso explicado creó una nueva excepción sobre sucesión testamentaria pero la justificó con un principio jurídico.

Derecho = es sentido literal

Desviarse del sentido literal Art. 3.1 Cc español (similar al distinguishing inglés que utiliza la equidad)

Al cambiar las circunstancias sociales es necesaria una nueva acomodación

Si tenemos una visión esencialista del lenguaje pensamos que sólo hay un significado verdadero, pero la postura convencionalista actual nos permite interpretar las supuestas desviaciones, no como tales, sino como algo propio del ámbito social y pragmático del significado propio de las palabras. Como hecho social el derecho es cambiante y no anquilosado (art. 103 CE), y por ello la ley no agota el derecho (3.1 Cc).

De Castro: siempre habrá que aplicar normas que no son leyes o están fuera de la ley. El sentido de la ley no está creado sólo por ella. (Wroblewski dice que hay problemas intrasistemáticos y extrasistemáticos).

Principios y positivismo jurídico (revisar)

Supongamos que aceptamos el análisis de Dworkin del caso Riggs vs. Palmer, ¿qué tiene que ver con los principios jurídicos? ¿Por qué no podemos tratar a Dworkin como alguien que hace una aportación a la teoría de Hart?

El caso de Riggs vs. Palmer no se consideraría un caso difícil en la teoría de Hart, ya que para éste los casos difíciles en que el derecho es dudoso, son el resultado de la textura abierta del lenguaje que tenemos dudas sobre el derecho porque tales casos no caen claramente dentro del sentido de las palabras de la ley. Pero esto no es una explicación adecuada del caso Riggs vs. Palmer, porque este caso no estaba afectado de incerteza del nivel exacto de aplicabilidad de conceptos usados como válida voluntad, testamento valido, etc..., por tanto no me sirve justificar la dificultad por la textura abierta del lenguaje. Pero podríamos pensar que Hart puede solucionar tal problema aceptando que en algunos casos???? Estándares jurídicos entran en conflicto unos con otros. Esto provoca un tipo de duda en el derecho que no es explicable por referencia a la textura abierta del lenguaje.

Tanto si Hart dice esto como si no, la importancia del análisis de Dworkin como una crítica del positivismo jurídico que apreciase especialmente cuando nos acercamos a la explicación de Dworkin de cómo se identifican los principios. Dworkin dice que estos no pueden identificarse por algo que se parezca a la regla de reconocimiento de Hart. Por tanto, un principio puede ser principio aunque ningún tribunal todavía lo haya formulado explícitamente. Supongamos que ningún abogado o juez haya mencionado nunca el principio de que nadie se aprovechará de su propio delito, y si sería posible justificar que este principio es un principio jurídico existente en un sistema jurídico determinado. Sí sería posible si podemos mostrar que el principio en cuestión proporciona justificación apropiada de una serie de normas jurídicas, precedentes judiciales o instituciones jurídicas.

De este modo no podemos identificar los principios simplemente consultando ciertas fuentes como lo hacemos con las normas jurídicas, sino únicamente comprometiéndonos en argumentaciones morales y políticas sobre que principios deberían invocarse al justificar mejor normas jurídicas o instituciones jurídicas. (toda persona tendrá que argumentar-justificar)

Pueden verse dos estrategias para reconciliar los principios con el positivismo jurídico:

- El positivista puede aducir que los principios son realmente una parte del derecho pero que pueden ser identificados por alguna versión de la regla de reconocimiento.
- El positivista puede admitir que los principios no pueden identificarse por una regla básica de reconocimiento pero puede aducir que esto es así porque no son realmente una parte del derecho. Son consideraciones morales, extrajurídicas aplicadas por los tribunales en el ejercicio de su

discrecionalidad, cuando las normas jurídicas fracasan para dar una respuesta clara y determinada.

La norma jurídica y el principio corren caminos distintos, el principio jurídico tienen una fase primera de aparición: aparece cuando un tribunal, juez o jurista lo cita, pero puede que la comunidad jurídica lo acepte y así se consolidará, o que no la acepte.

La regla de reconocimiento y la teoría más razonable

Dworkin no mantiene que todos los principios morales sean automáticamente jurídicos. Algunos principios son jurídicos y otros no. Por tanto Dworkin acepta una distinción entre principios jurídicos y principios no jurídicos. Si acepta una distinción entre principios jurídicos y principios no jurídicos. Si acepta esta distinción debe sostener que hay algún criterio que los distingue pero la idea de que en cada sistema jurídico hay un criterio básico que permite tal distinción es un aspecto central de la teoría de Hart sobre la regla de reconocimiento.

Dworkin afirma que la teoría de Hart de la regla de reconocimiento no dice simplemente que hay un criterio para distinguir el derecho del no derecho. Según Dworkin. Hart debe querer decir algo más. Que las leyes se identifican por su origen, no por su contenido, en tal sentido una norma cuenta como derecho, no porque sea justa (contenido) sino porque ha sido establecida según los cauces legalmente previstos. Por tanto el propósito central de tener una regla de reconocimiento según Hart es el de proporcionar un cuerpo de normas que sean públicamente descubribles, en el sentido de que podemos descifrar que normas son derecho sin recurrir a criterios morales o políticos. Por lo tanto, según Dworkin, la tesis general de Hart sólo tiene sentido si la regla de reconocimiento es capaz de identificar el derecho por criterios de origen formal (únicamente realizable en el caso de que el derecho se identificara con los textos normativos).

Dice Dworkin que los principios jurídicos no se identifican por su origen, no es necesario que un principio haya sido formulado explícitamente para que exista, además el juez que primero formula un principio jurídico lo formula como si fuera una parte del derecho existente y no como si fuera una invención de su propia cosecha. [Las normas surgen maduras y los principios deben evolucionar por el valor ético-jurídico de la sociedad para justificar casos difíciles].

Dworkin para explicar el modelo judicial utiliza la ficción del juez Hércules. Cuando el juez Hércules decide un caso difícil, un caso que no puede resolverse simplemente sobre la base de normas de letras negras debe empezar a construir una **teoría jurídica** aplicable que consistirá en una elaborada justificación moral y política de las normas y de la institución que afecte al caso difícil.

Todo esto diverge fundamentalmente del proceso de identificar normas por referencia a sus fuentes jurídico-formales que es lo previsto por la explicación de Hart de la regla de reconocimiento.

Esquema de los modelos judiciales:

- modelo formalista silogismo judicial
- modelo realista preferencias del juez junto con consideraciones morales, políticas, etc...
- modelo positivista de Hart casos fáciles normas de letras negras

casos difíciles discrecionalidad jurídica

- modelo de Dworkin hay un modelo correcto que no se puede encontrar en la ley pero sí en el derecho

Lección 10

Rawls y su crítica al utilitarismo

El importante libro de Rawls, teoría de la Justicia (1971), proporciona la alternativa más influyente a la doctrina moral utilitarista. Rawls rechaza el utilitarismo y lo hace por dos motivos:

- El Utilitarismo ignora la separación o distinción entre personas: Rawls argumenta que cuando tomamos decisiones acerca de nuestro propio bienestar consideramos racional hacer sacrificios ahora o a corto plazo para conseguir ganancias o beneficios a más largo plazo. P.e.: soportamos al dentista ahora para conseguir un bienestar mejor. El utilitarista amplía esta forma de tomar decisiones a las decisiones que afectan al bienestar de la sociedad como un todo. Así pues el principio de utilidad descansa en el supuesto, de que, así que la racionalidad nos exige hacer ciertos sacrificios ahora para obtener ciertos beneficios después, también nos exige balancear el bienestar de otra, según el utilitarismo. Así pues tal como el dolor de Pepe en la visita al dentista se puede justificar racionalmente por el aumento del bien resultante, igualmente dice el utilitarismo, el dolor, la pobreza o el sufrimiento infringido a una parte de la población puede ser contrapesado por la felicidad aumentada o bienestar aumentado de la otra parte. En consecuencia, si tuviéramos que decidir si la esclavitud estaba moralmente justificada, el utilitarismo tendría que sopesar o balancear el sufrimiento infringido a los esclavos frente a la felicidad o bienestar aumentado de los propietarios de esclavos lo que supone que es posible un cálculo de la felicidad.

Por lo tanto, es precisamente este rasgo del utilitarismo, esta voluntad de hacer balanceo del bienestar de la felicidad lo que parece chocar con nuestras intuiciones morales porque parece equivocado tomar en consideración la felicidad aumentada de los propietarios de esclavos a la hora de valorar moralmente la esclavitud. ¿Por qué son así los utilitaristas? ¿Por qué se puede plantear? Porque no dice que haya cosas buenas o malas en sí mismas sino que se averigua por las preferencias (derechos individuales pueden vencer a la mayoría pero en el utilitarismo no funciona).

El utilitarismo está equivocado al ampliar a la sociedad como un todo el principio de decisión racional para los individuos. Está equivocado porque cuando X va al dentista el dolor que X sufre está contrapesado por el bienestar resultante de X, sin embargo el sufrimiento de los esclavos y la felicidad de los propietarios de esclavos ha sido experimentado por diferentes individuos, y no hay razón para que el mismo principio de decisión racional deba aplicarse a decisiones que afectan a diferentes individuos. En consecuencia el utilitarismo según Rawls trata a la gente con ausencia de cualquier distinción o separabilidad y ve a los individuos como simple receptáculos de placer o felicidad que va a ser maximizada con la mayor eficiencia posible.

- Define lo justo en términos de lo útil: empieza el utilitarismo con una relación de que estados de cosas son valiosos, y luego define como acción moralmente correcta a la acción que conduce a tales situaciones valiosas. Así pues, el utilitarismo clásico cuenta el placer como el hecho que más importa; de ahí que una acción sea moralmente correcta si tiende a aumentar esta felicidad. Sin embargo según Rawls esta aproximación es problemática porque nos exige tener en cuenta el aumento de felicidad de los propietarios de esclavos y otros como un factor positivo tendente a justificar la institución de la esclavitud, el racismo y xenofobia, no podemos incluir la felicidad de estos sujetos teniendo que ser ignorada porque es injusta. En consecuencia, sólo podemos decir que un placer, una felicidad o un bienestar son moralmente aceptables después de haber contestado algunas preguntas sobre la justicia porque según Rawls las preguntas sobre la Justicia son prioritarias a las preguntas sobre la felicidad y el bienestar, en el sentido de que solamente cuando sabemos que un placer o un bienestar es justo sólo entonces podemos considerarlo un valor positivo, de ahí que los placeres de los sádicos o violadores no tengan valor moral, a causa del conflicto con principios de justicia. Esto no sería así cuando faltan criterios para definir la justicia o cuando todos los individuos son utilitaristas.

Rawls quiere construir un conjunto de principios de justicia que no presupongan una determinada concepción de la vida buena y valiosa porque dan poco juego en algunas sociedades que terminarían castigando a los desviados. Rawls quiere una teoría de la justicia que sea neutral frente diferentes ideas personales de lo que hace que una vida sea valiosa, por lo tanto, los principios de justicia de Rawls representan una estructura dentro

de la cual diferentes individuos deberían tener una equitativa oportunidad para perseguir sus propios fines y valores.

La idea básica de la Teoría

Un poderoso factor que ha ayudado a mantener el utilitarismo es la idea de que la racionalidad es sólo una cuestión de elegir medios eficaces para conseguir fines dados.

Racionalidad Instrumental: significa que lo único que tiene que ver con la racionalidad es el camino que conduce al deseo de la consecución del fin; lo inmoral sería no hacer lo que toca para la prosecución de los fines, no siendo discutibles los fines. A partir de lo que acabamos de decir, esta concepción de la racionalidad está implicada por la estructura general de la teoría utilitarista por la forma en que la acción moralmente correcta se define en términos de su eficiencia para la maximización de las utilidades o consecuencias.

El cambio fundamental que propone Rawls es la reintroducción de la ética normativa. La justicia es fundamental para la política y la sociedad. La negociación es también fundamental en las sociedades desarrolladas pero hay un coto vedado innegociable. La eficacia es subordinada a la Justicia y las decisiones técnicas no implican decisiones justas. La utopía de Rawls es realizable a ser débil (realista) y tratar sobre principios.

Rawls supone que los seres humanos tienen características, entre ellas la racionalidad. John Enstern dice lo que es racionalidad que peligra por el auto-engaño y la debilidad de la voluntad.

Revisar

Rawls es consciente de que la concepción instrumental de la razón es muy influyente y atractiva (los fines últimos son relativos y respetables por tanto lo único a discutir es el camino para llegar a ella).

Rawls también se percató de la conveniencia de basar su teoría en supuestos ampliamente compartidos y la concepción instrumental de la razón es una perspectiva de la racionalidad ampliamente compartida. En este sentido la teoría de Rawls puede ser entendida como un intento de utilizar criterios de prudencia racional de una forma que sea consistente, primero, con la distinción de la persona, y, segundo, con la prioridad de lo justo sobre lo útil.

Rawls nos pide que imaginemos un grupo de individuos racionales que tienen que ponerse de acuerdo en un conjunto de principios que gobernarán la estructura básica y las instituciones de una sociedad. Tienen que elegir estos principios sobre la base de un racional Auto-interés (tienen que sacar algo). Y sabiendo que los principios elegidos les vincularán, sin embargo su elección de los principios de justicia está constreñida por el hecho de que están privados de cierto tipo de conocimientos sobre sí mismos. Por tanto tienen que elegir a través de lo que Rawls llama un velo de ignorancia. P.e.: Von Karajan para elegir a los músicos ponía una cortina entre el jurado y el músico.

El velo de la ignorancia excluye el conocimiento de aquellos rasgos que discuten una persona de otra, de este modo las personas racionales en su posición original que es la situación de elección básica, no conocen sus propiedades, ni lo que hacen para vivir, ni tampoco lo inteligentes que son. Lo que es más importante: aunque las personas saben que tienen una concepción personal de la vida buena y valiosa y que puede diferir de la mantenida por otros, no saben cuál es.

Rawls cree, por tanto, que el velo de ignorancia representa un conjunto de condiciones que es justo imponer para la elección de los principios de justicia, porque cuando argumentamos a favor de este u otro tipo de justicia consideramos adecuado dejar al lado nuestros intereses personales y juzgar el problema desde el punto de vista más imparcial.

En principio de utilitarismo persigue esta imparcialidad atribuyendo igual peso a la felicidad de cada persona (incluyendo a los malhechores), y Rawls busca la imparcialidad borrando de la discusión todo el conocimiento de los rasgos importantes que distinguen una persona de otra.

[Importante los conceptos de velo de la ignorancia y posición originalPrácticas:

- La versión de los valores de tipo sociológico tiene su origen en la siguiente tradición: El Positivismo jurídico (Positivismo del Círculo de Viena). Su concepción de racionalidad formada por enunciados empíricos y enunciados lógico-formales. No afectando a los enunciados morales al no poderse argumentar. Los positivistas jurídicos no pueden saber si sus enunciados son correctos o incorrectos, debiendo cuantificar mediante el planteamiento de la norma concreta a los individuos para saber si es correcta o no. Esto se arregla pensando que el concepto de racionalidad no se agota con la racionalidad científica o teórica.
- Sólo hay un uso del que se pueda predicar la verdad o falsedad que es el uso informativo. Una violación del 'deber ser' no supone una ruptura de la regla mientras que una violación del 'es' si es una violación flagrante.
- Positivismo Jurídico no trata los valores pero los tiene. Solamente se radican valores intrínsecos al sistema jurídico dejando a parte los extralegales. La única justicia valorable es la legal, la que 'es'. Enfatiza el elemento estructural del derecho. La tradición positivista dice que los valores son irracionales, al identificar la racionalidad con la racionalidad científica.
- Retroactividad en el uso de la subjetividad: la subjetividad va entorno a una remisión de esta subjetividad a la dogmática jurídica.
- Si existen interpretaciones varias de un texto jurídico creando dos normas, se atenderán a criterios de autoridad (p.e.: tribunal supremo) o de expertos y doctrina mayoritaria. La función declarativa es imposible porque el lenguaje genérico de una norma debe ser interpretado por el juez yendo más allá del texto jurídico.
- Cuatro reglas de la dogmática jurídica:
 - ◆ Abdicación valorativa
 - ◆ Sujeción a la ley
 - ◆ Justicia del caso
 - ◆ Sistemática del derecho
- La regla de reconocimiento por ser formulada vagamente, es difícil que prevea todos los criterios justificatorios. Hay alternativas interpretativas por la ambigüedad del lenguaje, sobretudo, porque el lenguaje jurídico va dirigido a la gente y no a sólo a expertos. Las reglas de reconocimiento nunca nos da criterios de identificación de validez seguros e inmutables para la aplicación de las normas sino que hay alternativas.
- El lenguaje jurídico es contextual y el científico acontextual, llevando a la interpretación, requiriendo que se observe la parte pragmática del lenguaje.
- Regla de reconocimiento: Especifica características que indican que una norma es una regla del grupo, no hay regla de reconocimiento sin previo sistema jurídico. El sistema jurídico complejo nos dice que las fuentes son la ley, la costumbre y los principios generales. El lenguaje, tanto del legislador como el normal, es vago y ambiguo. Para ver si una norma pertenece al ordenamiento, debe derivar de sus fuentes si el lenguaje del derecho fuera normal sería fácil, pero al ser lenguaje natural es difícil saber que esa norma es del ordenamiento. Hay casos difíciles en los que la regla de reconocimiento no nos servirá porque el lenguaje es vago y ambiguo, e incluso se usará el reconocimiento ex post facto.

Sociedad

Disposiciones

Encajar un supuesto de hecho en una norma no tiene en cuenta la relevancia jurídica que invoca la necesidad de interpretación. Porque, en realidad encajar un supuesto de hecho en una norma abstracta necesita justificación e interpretación.

Normas legislativas

Normas consuetudinarias

Precedente judicial