

LECCIÓN 2 EL PODER Y EL DERECHO

I. EL CONCEPTO DE "PODER"

- a) Lo político y lo moral
- b) El poder como fuerza orientadora racionalmente
- c) Poder y mitificación
- d) Lenguaje directo
- e) El hombre actual y el poder
- f) Poder y consenso social

A) Poder y prepotencia: a) Prepotencia

- b) El derecho como moralización del poder
- c) Sociedad vital
- d) Poder y desprendimiento (Examen)

B) Poder y legitimidad: a) Legitimidad social más que jurídica

- b) Participación ciudadana
- c) Interdependencia entre Estado y Derecho

2. VIOLENCIA Y PODER:

- a) Deformación del poder
- b) Violencia hoy

3. LA IMAGINACIÓN Y EL PODER:

- A) El poder de la imaginación y el derecho: a) Imaginación y representación.
- b) Filosofía de la libertad.
- c) La ficción como estructura de comunicación.
- d) Discurso, verdad y ficción.
- B) El pretendido conflicto entre el "Ser" y el "Deber ser":
 - a) Todo es interpretación.

- b) La ficción no es lo falso sino lo diferente
- c) Ficción y verdad
- d) Ficción derecho y acción
- e) El derecho inventor del mundo.

I. EL CONCEPTO DE "PODER":

A) Lo político y lo moral

Para el profesor LÓPEZ ARANGUREN tanto lo político como lo moral son o constituyen estructuras previas al hecho de que cada hombre decide comportarse política o moralmente.

El Estado, en cuanto tal, es una realidad que no resulta de la voluntad de los individuos ni de la unión de unas comunidades determinadas. Es algo que tiene existencia previa.

Para López A. la institución estatal, el Estado, adquieren formas diferentes y estas formas a través de la historia son realizadas por personajes concretos.

Ejemplo: EE.UU. resulta de la formación de diferentes poderes, la unión de diversos poderes, en cambio, las Cortes de Cádiz en 1812 resulta un tipo de Estado que pone como principio la distinción de los poderes que se reflejan en la Constitución de 1812.

Por una parte el estado se configura como la expresión del poder de la nación en armas y por otra parte el poder histórico tradicional de la Dinastía.

B) El poder como fuerza orientadora racionalmente:

El poder psicológicamente considerado, es fuerza, pero no es una fuerza ciega, sino que es una fuerza orientada racionalmente para conseguir un fin. Este fin es exterior al propio poder, es el objetivo del poder, de tal manera que el poder se pone al servicio de ese fin. Este fin puede ser justo o injusto.

Puede suceder también que el mismo poder se convierta en un fin en si mismo, es el poder por el poder, o la dominación.

Este tipo de poder contrariamente a lo que podemos pensar, tampoco es un poder ciego, aunque más que racional es más bien voluntarista. Este poder se sirve de la inteligencia y se acrecienta a través de esta inteligencia, se multiplica a través de la inteligencia y llega a dar sensación de ser un poder irresistible, sin límites, que puede llegar hasta el terror. El Ejemplo más claro es el del totalitarismo.

El poder político sin embargo no puede presentarse como una fuerza irracional, sino que siempre necesita justificación.

C) Poder y mitificación:

Históricamente el poder se ha justificado a través de la mitificación, así por ejemplo se ha justificado en un origen divino y se ha llegado incluso a una especie de mesianismo en el poder, e inmediatamente se ha pasado al totalitarismo.

En una situación menos grave, también se puede vivir el poder mitificado si llegar a la exageración del

totalitarismo, hay un poder mitificado como un hecho de carácter inmediato, incluso, desprovisto de una ideología determinada.

También al poder le gusta revestirse de prestigio y a través del prestigio se puede llegar también a la mitificación y al culto a la personalidad.

–Ejemplo: en nuestros días los medios de comunicación contribuyen a esta mitificación a través del prestigio, contribuyen a una especie de personificación del poder.

En la actualidad se tiende a un tipo de poder basado no tanto en la mitificación sino en la funcionalización del poder. El poder hoy se concibe como algo funcional y por tanto ingenuamente creemos que la democracia es el gobierno del pueblo por el pueblo y sin embargo esto puede ser discutible, ya que el pueblo no puede gobernarse a si mismo, ni siquiera a través de representantes.

Una serie de tecnócratas de administrativistas, de economistas, formulan unos programas de gobierno y los ciudadanos se ciñen a votar un programa u otro. (Esto es el poder funcional)

En la actualidad nos encontramos con una especie de contradicción:

- por una parte se produce una especie de racionalización política
- por otra parte el ejercicio de este poder adquiere una forma irracional.

D) Lenguaje directo:

Es necesario encontrar una formula intermedia que conjugue la creciente racionalización de la política y la personalización de esta razón, de esta racionalidad, en un personaje que sea capaz de comunicar a los ciudadanos un lenguaje directo, verdaderamente democrático, comprensible, a pesar de la especialización de la política actual. Este lenguaje directo, tiene que evitar la mitificación del poder y los peligros de la tecnocracia.

E) El hombre actual y el poder:

JULIAN MARÍAS ha escrito sobre estas cuestiones, y tiene una interpretación del poder actual discutible. Para él, el poder, se encuentra entre las grandes apetencias del hombre actual.

La apetencia de poder en la actualidad se ha convertido en una vigencia colectiva. Esta apetencia colectiva es un deseo de dominación que incluso puede llegar a la agresividad para reafirmar las convicciones propias. En definitiva esto sucede porque sentimos estas convicciones como inseguras.

Nuestra sociedad se caracteriza por vigencias inseguras, en la actualidad son grupos importantes de una sociedad los que se sienten solidarios con una política determinada e intentan imponerla a los demás a través de la dominación, los dominantes se afirman en el poder.

Cuando surgen deseos de libertad el poder se puede hacer más represivo, si no existen deseos de libertad, entonces el poder se siente más cómodo. Pero si hay grupos que reivindican la libertad el poder se puede hacer más peligroso, incluso se hace más dominante.

F) Poder y consenso social:

El poder se encuentra en íntima relación con el consenso que debe gozar en una sociedad.

Cuando algo es indiscutible esto significa no que no exista libertad, sino que el poder no necesita intervenir

porque la presión social se encarga de impedir que se atente contra el consenso, ahora el poder si debe intervenir cuando el consenso social sea roto.

La función del estado es el mando y a eso denominamos el poder, que hay que distinguirlo de las potencias del estado. En cuanto a poder los estados actuales son débiles, pero pueden hacer muchas cosas.

A) Poder y prepotencia (Examen)

a) Prepotencia:

Para ARANGUREN el poder puede convertirse en prepotencia:

- cuando afecta a valores vitales,
- cuando suprime la libertad personal o afecta también a vigencias sociales.

Incluso estas vigencias sociales, se pueden transformar por una exageración del poder en prepotencia:

- cuando el Estado invade competencias que no le corresponden y además el poder puede llegar a manipular a la sociedad o manipular a esas vigencias sociales, no solamente a través de una acción determinada, sino también a través del silencio, del ocultamiento de parte de la realidad o incluso cuando el Estado pretende dejar de hablar sobre un asunto determinado.
- puede también utilizar a los medios de comunicación favoreciendo a unos grupos sociales y perjudicando a otros y mucho más grave cuando se trate del ejercicio de la democracia en unas elecciones.

Esto es PREPOTENCIA.

b) El derecho como moralización del poder:

Una de las funciones principales del derecho debe consistir en la moralización del poder. (Es la función esencial).

El Estado de Derecho es la gran creación moderna, el problema está en conseguir que el Estado de derecho sea real en la práctica. Ni siquiera en Inglaterra donde Montesquieu vio la separación de poderes, se da una autentica separación.

El actual sistema democrático de partidos, se ha convertido en un poderoso medio de organización. La relación entre el gobierno y el partido que le apoya se ha convertido en una mera cuestión interna del partido. Se corre el riesgo de que exista una concentración de poder.

La autentica separación de poderes se tiene que dar entre el partido en el poder y el partido de la oposición (o entre el poder de hoy y el de mañana)

Lo que debe caracterizar el sistema democrático actual es el reconocimiento de la existencia de la oposición y esta cuestión se plantea como un deber de ética política.

c) Sociedad vital:

La mejor garantía contra la prepotencia es la existencia de una sociedad vital. Un sistema democrático se debe fundamentar en el reconocimiento de las ASOCIACIONES INTERMEDIAS que representan el pluralismo social y al mismo tiempo garantizan la libertad y la igualdad.

Las Asociaciones intermedias son esas asociaciones que se interponen entre el individuo y la sociedad.

– Ejemplo: Las asociaciones profesionales

Los sindicatos

Las comunidades locales

Garantizan y reflejan una sociedad vital, porque son espontaneas y el Estado no debe invadir.

Una sociedad es menos vital cuanto más asociaciones de este tipo existan.

La democracia en definitiva es la participación de los ciudadanos en la responsabilidad política y por tanto también en el poder político y al mismo tiempo el reconocimiento del poder hacia la oposición.

d) Poder y desprendimiento (Examen)

MARÍA ZAMBRANO realiza un profundo pensamiento desde el punto de vista de la Filosofía de derecho y de la política en general, planteándose también la cuestión del poder.

El que consigue llegar al poder tiene que desprenderse del poder al mismo tiempo que lo ejerce. En la medida que consiga esto, su acción política será auténticamente moral y ética. Este desprendimiento del poder es lo que realmente legitima a quien ostenta el poder.

El poder necesita desprenderse de si mismo, el que ejerce el poder tiene que librarse del sueño que le convierte en personaje histórico. Detrás de ese personaje histórico que el mismo se crea, hay que librarse del fantasma de su sueño convertido en personaje. En definitiva detrás del personaje histórico lo que debe existir es la persona, que la persona sea la máxima realidad y no el personaje histórico que se cree.

B) PODER Y LEGITIMIDAD

a) Legitimidad social más que jurídica:

JULIAN MARÍAS parece que siente un reparo hacia el derecho, el derecho es para él una estructura que representa el poder. El derecho se opone a la libertad.

El poder debe estar respaldado por una legitimidad social más que en una legitimidad jurídica, de lo contrario el poder carecería de autoridad; por tanto la autoridad descansa sobre la legitimidad social y además se convertirá en fuerza irracional.

La legitimidad es la que marca la diferencia entre lo que es autoridad y poder. Pero hablamos de legitimidad social que tiene un sentido más profundo que la legitimidad jurídica.

La autoridad es legítima cuando se da un consenso en la sociedad sobre quien tiene el derecho para ejercitar el mando. La legitimidad es la posesión de títulos claros para mandar.

En la época actual **la democracia** es la única forma legítima de ejercer el poder y si el poder se extralimita en sus funciones se convierte en poder ilegítimo.

La confusión entre poder y autoridad es el más grave peligro para la democracia y debe existir una convicción democrática que se renueva cada día de forma espontanea y libre, de tal manera que el ejercicio rutinario del poder puede convertirse en prepotencia, en una tergiversación del poder.

b) Participación ciudadana en el poder.

López Aranguren defiende la idea esencial de la democracia en el protagonismo de la participación de los ciudadanos en el poder. Esta participación se fundamenta en una información política que sea capaz de formar una opinión política.

En esta formación política es muy importante la existencia de élites políticas (no cree que la masa popular sea capaz de formarse políticamente).

Es imposible que exista una información absolutamente aséptica o imparcial, pero si es posible que las élites configuren la elaboración de una opinión que sea capaz de provocar un diálogo, y ese diálogo que se establece a través de la formación política es la democracia.

La democracia es un sistema de comunicaciones entre el poder especializado y el resto del pueblo. De una manera intermedia, entre poder y pueblo están las élites políticas.

Las preguntas y las respuestas deben llegar rápidamente al destinatario del poder y al pueblo. Por consiguiente se deben dar una integración política y una integración social.

c) Independencia entre estado y derecho.

Para Peces Barba la relación entre el estado y el DERECHO se caracteriza por una interdependencia de ambas.

La organización del estado está regulada por normas que son universalmente respetadas, pero al mismo tiempo la fuerza es necesaria para mantener el respeto de las normas.

El derecho no se debe fundamentar en última instancia en la fuerza, ni tampoco la fuerza debe integrar el contenido de las normas jurídicas (como lo hace Bobbio por ejemplo).

El contenido de las normas jurídicas debe buscarse en los derechos fundamentales, porque los destinatarios últimos de éstos derechos fundamentales son los ciudadanos.

Los ciudadanos no son los destinatarios últimos de la fuerza.

Para Peces Barba la relación entre derecho, poder y fuerza se plantea desde 3 dimensiones:

1. El ordenamiento jurídico está apoyado en el poder.
2. El contenido de las normas que regulan las relaciones entre los hombres debe fundamentarse en los derechos fundamentales; pero a la vez ese contenido se circunscribe a una realidad social, forma parte de la cultura.

II. VIOLENCIA Y PODER.

a) Deformación del poder.

b) Violencia hoy

a) Deformación del poder.

Para gran parte de los actores actuales el tiempo actual está marcado por la violencia, que se deriva para Julián

Marías p.ej de una deformación del poder.

El poder se ha convertido en un fin en sí mismo, y por consiguiente la única meta a conseguir es el poder.

Por tanto el fin justifica todos los medios, hasta el punto que el poder se va a identificar con el poder matar (escrito tras la 2ª guerra mundial).

Al mismo tiempo, lo que antes era una excepción, en nuestro siglo se ha convertido en algo normal, incluso ante la escasa reacción de nuestros contemporáneos, solo se rechaza tímidamente; hasta incluso esta violencia parece socialmente admitida.

Llega a definir la época actual de la siguiente manera.

Sobre la vocación de nuestro tiempo para la pena de muerte y el asesinato, aunque a largo plazo la vida humana no tolera éstas deformaciones, y adquirirá en el futuro esta vida humana su pleno sentido

b) Violencia hoy.

Norbert Brieskorn define la violencia de una manera muy jurídica: Entiende que es la acción que se ejerce sobre otro con el empleo de la fuerza, para eliminar una resistencia que se da de hecho o que se espera con toda certeza.

El concepto de violencia se ha extendido cada vez más en la época contemporánea y demuestra la existencia, cada vez más importante de una especie de juego oculto y cada vez más refinado en el empleo de la violencia.

Por consiguiente la violencia contribuye a la degradación del hombre actual eliminando lo que el propio hombre tiene de humano.

Incluso la violencia se sirve del derecho para adquirir prestigio, para ser legitimada.

Sin embargo la violencia nunca puede engendrar un poder político.

El derecho nunca puede surgir de la violencia; pero incluso adoptando una postura utilitarista o Programática, un ordenamiento jurídico basado en la violencia es por lo menos inestable y seguro.

Termina con una cita de Rousseau el más fuerte no lo es siempre si no transforma la violencia en deber

III. LA IMAGINACIÓN Y EL PODER.

Pocas veces nos hemos parado a pensar hasta que punto el derecho tiene un componente de imaginación, imaginación de la que surgen realidades que se imponen.

Hay una especie de contradicción en que algo que carece de realidad sea capaz de generar una realidad como el derecho.

A) El poder de la imaginación y el derecho.

a) Imaginación y representación.

b) Filosofía de la libertad.

c) La ficción como estructura de la comunicación.

d) Discurso, verdad y ficción.

B) El pretendido conflicto entre el ser y el deber ser.

a) Todo es interpretación.

b) La ficción no es lo falso sino lo diferente.

c) Ficción y verdad.

d) Ficción, derecho y acción.

e) El derecho, inventor del mundo.

A) El poder de la imaginación y el derecho.

a) *Imaginación y representación.*

Un libro reciente es La imaginación jurídica de Jesús Ignacio Martínez.

La primera ciencia social que se ha ocupado del tema de la imaginación es el derecho ficticio iuris del derecho romano.

La actividad jurídica no se circunscribe a una regulación de la vida social, sino que es sobre todo un formidable despliegue de esfuerzo imaginativo.

La imaginación es imprescindible en la creación y en la permanencia de las instituciones. Por ejemplo construir la realidad del estado significa imaginarlo a través de la ciencia del derecho público.

Cita a Jacob Burekhardt (suizo, siglo XIX) que escribió una obra excepcional Cultura del Renacimiento en Italia. El estado según él es una obra de arte. Es una obra fundada en el artificio y obra del Renacimiento. La nación no, la nación sí está basada en una realidad determinada. El estado es fruto de la imaginación, es una creación calculada y consciente como obra de arte.

El jurista permanentemente recurre a metáforas, de ésta forma articula su propio pensamiento. La retórica del jurista está plagada de metáforas.

La interpretación de la ley y del derecho en definitiva es imaginar, conseguir que la literalidad de una norma adquiriera vida propia.

El concepto de la imparcialidad, p.ej, si nos fijamos, no es más que un recurso imaginativo, viene a ser algo así como imaginarse a uno mismo en el lugar de otro (cuando debería dominar la subjetividad). Es adoptar un punto de vista objetivo.

En este sentido la profesora Victoria Kamps plantea el recurso a la imaginación dentro del derecho como una solución a la que ella denomina la autosuficiencia racionalista, una especie de salida a la dureza del deber desnudo.

Esta imaginación, dice Kamps, no implica renunciar a una interpretación ética, sino al contrario, la misma ética en muchas ocasiones acude al conocimiento imaginativo que supone una interpretación dialogante y revisable.

Nuestra valoración (citando a Espinoza) no procede tanto de la razón sino de la imaginación, las valoraciones las podemos utilizar, hacer prácticas desde éste punto de vista.

En la actualidad la imaginación y también en el derecho, tiene una función generadora de conocimientos.

No es simplemente una especie de facultad reproductora de conocimientos, sino mucho más. La imaginación produce representaciones, cuando, no es imitación de algo sino que es descubrimiento de posibilidades.

Cuando interpretamos una norma estamos imaginándola, intentamos que nos descubra posibilidades.

La fuerza del pensamiento se presenta así como forzador de algo, para construir y hacer una realidad.

b) Filosofía de la libertad.

Jesús Ignacio Martínez cita a Kant. Para Kant el pensamiento no se presenta, no se plantea como reflejo de la realidad en un sujeto sino que se plantea como la artificiosa construcción de objetos. El pensamiento consigue citar objetos.

Desde este punto de vista el pensamiento y la imaginación y por tanto también la filosofía del derecho, se convierten en una filosofía de la libertad.

Se pretende un método de conocimiento que se fundamenta en un pensamiento libre, dice Kant, por encima de las leyes de la naturaleza. La imaginación es capaz de crear sus propias leyes.

El derecho es en gran parte fruto de la imaginación.

En definitiva, todo conocimiento no es fiel a una representación de la realidad sino que todo conocimiento es ficción.

El político para Kant viene a ser una especie de ganador de ficciones, es algo así como un artista de la política. El político dirige el mundo por medio de una ficción que suplanta a la realidad.

p.ej: Cuando la asamblea de la revolución francesa defiende el principio de la igualdad, no es más que una mera fórmula pero sobre la cual se fundamenta gran parte de la legislación revolucionaria

Kant termina con una frase Es mejor tener la capacidad de imaginarse estos valores que ennoblecen al hombre que sentirse despojado de ellas.

c) La ficción como estructura de comunicaciones.

La ficción incluso desde una dimensión pragmática, práctica, no se caracteriza por ser algo real (es algo que no es real).

Desde el punto de vista práctico lo sorprendente es que utilizando algo que no es real como una eficaz estructura de comunicaciones que actúa de mediadora entre el sujeto y la realidad.

En la actualidad los métodos de conocimiento exigen actitudes tolerantes que van suplantando, revelando, a una idea clásica de ver siempre una misma realidad.

Lo que se pretende es intentar ver una multiplicidad de versiones del mundo, igualmente válidas y que pueden coexistir.

Por tanto se rompe la barrera infranqueable que ha existido siempre entre lo fáctico y la realidad.

A la hora de la interpretación o creación de una norma por el legislador se pretende esa actitud comunicativa, dialogante que pretende dar una realidad multiforme.

Ej : Crónica de una muerte anunciada de Gabriel García Marquez. Cada personaje tiene una visión diferente de la muerte del protagonista, el lector puede identificarse con la visión que quiera, todas son válidas.

d) Discurso, verdad y ficción.

Jesús Ignacio Martínez opina que el mundo de los discursos, del discurso político por ejemplo, es tan heterogéneo que llega un momento en que la verdad y la ficción se confunden y al final todo es literatura y el derecho también.

Una norma jurídica no es más que la expresión literaria que confunde verdad y ficción.

Ej : La Celestina no ha existido nunca, es fruto de la imaginación de Fernando de Rojas, sin embargo, el personaje aunque no sea real es verdadero, su ficción es verdadera aunque no sea real. Además a través de la Celestina nos damos cuenta de como era la sociedad del S XV y a través de sus personajes aparecen una serie de valores intemporales del hombre.

Desde el punto de vista del derecho, de una figura jurídica, de una ficción jurídica que es verdadera surgen una serie de derechos y obligaciones (es mucho más grave)

La simulación, el simulacro, se propone en la actualidad como una de las categorías fundamentales para entender la realidad actual hasta el punto que la lógica de la simulación considero que la realidad ya no es necesaria.

Buena parte de las normas jurídicas crean derechos y obligaciones en función de una simulación jurídica y la norma por tanto interpreta la realidad de una u otra manera.

Hasta el punto que se considera que el orden y la ley podrían ser no otra cosa que simulación,

B) El pretendido conflicto entre el ser y el deber ser.

a) Todo es interpretación.

La idea de la imaginación en el derecho pretende abrir un camino para superar el conflicto.

Si nos fijamos, nada hay que tenga una existencia simple, nada hay que sea simplemente sin más, sino que toda cosa siempre se le da una interpretación (desde lo más elemental a lo más trascendental). Todo es en definitiva interpretación.

Frente al lenguaje del conocimiento del mundo, la ficción es un lenguaje de construcción del mundo, no solo es lenguaje de conocimiento del mundo.

El lenguaje del conocimiento del mundo puede ser incluso hasta falso.

El lenguaje de ficción, construye el mundo, hace un mundo que no está hecho de naturaleza, sino de símbolos y de metáforas y el derecho en gran parte forma parte de este mundo.

Frente a una realidad de cosas, frente al mundo objetivo inflexible, se descubre otro tipo de realidad, una

realidad de relaciones, de signos lingüísticos, de tal manera que frente a un mundo unívoco (sin diversidad) surge un mundo de relaciones (de diversidad) un mundo de plasticidad.

La ficción no se contrapone a la realidad, lo que la ficción hace es crear representaciones, imaginar realidades.

b) La ficción no es lo falso sino lo diferente.

Parece hasta ahora que la ficción se contrapone a la realidad.

Pero la ficción no es lo engañoso, no pretende engañar a nadie.

En el derecho la ficción no puede falsear los hechos naturales, la ficción lo que pretende en el derecho es expresar una determinada voluntad jurídica, (la ficción forma parte del derecho).

La ficción no hace referencia tanto a una realidad extrema, sino que se entiende desde una perspectiva intrajurídica, desde dentro del propio derecho.

Se atribuye una realidad jurídica a través de la ficción, que es una red de relaciones.

La ficción no es lo falso, sino lo diferente, nos presenta diversidades de una realidad y también forma parte del derecho (el derecho está hecho de ficción).

El jurista incluso a través de la racionalidad no puede dominar la ficción jurídica.

Lo racional es algo superficial en el derecho.

El jurista deberá también imaginar el derecho, imaginar la norma jurídica, actúa con simbolismos, con metáforas.

c) Ficción y verdad.

La ficción juega un papel fundamental desde el punto de vista de la verdad.

Un pensamiento desde la verdad, es esclarecedor, pero también se hace más responsable, incluso más inquietante y la ficción solamente se produce donde se da la verdad.

Las instituciones son el reino de la ficción, porque son lugares de producción de verdades institucionales.

Toda verdad tiene una estructura de ficción, el derecho se convierte en un productor y gestor de la verdad a través de estrategias de ficción.

El derecho no por ser realidad deja de ser verdad, es una ficción humana que es verdad.

El derecho es el mundo de los valores objetivados en normas.

Ej: El valor más fundamental el respeto a la vida que se expresa en el no matarás.

El no matarás no es propiamente una realidad, la realidad sería vida – muerte.

El no matarás es fruto de la ficción, de la imaginación.

d) Ficción, derecho y acción.

La ficción en el derecho no tiene la función de comprender una realidad de hecho, sino de dar prescripciones para la acción, en este sentido la ficción está creando la realidad.

El término ficción adquiere en el derecho su más pleno sentido, en el más puro sentido de la palabra ficción.

Ficción viene del latín fingere que significa;

- representar.
- formar.
- construir.
- adoptar.
- plasmar.
- inventar.

El pensamiento no reproduce fielmente la realidad, sino que lo que hace es proyectar un repertorio de formas y la validez del pensamiento es práctica, el pensamiento jurídico es eminentemente práctico.

El pensamiento es un instrumento de acuerdo con criterios de conveniencia y oportunidad.

El pensamiento no pretende reflejar una realidad, sino hacer posible nuestra existencia en la realidad.

El derecho fruto del pensamiento jurídico, quiere hacer posible nuestra existencia desde el punto de vista social.

La relación del pensamiento con la realidad, no es representativa, sino funcional.

El pensamiento está para una función que encontremos una existencia en la realidad.

Ej : Una constitución es una especie de sueño colectivo de una generación de valores, defectos..., se encarnan en una serie de valores desde el punto de vista jurídico.

Todo conocimiento para poder asimilar lo que encuentra da lugar a categorías, imágenes fruto de la ficción.

La realidad jurídica es en gran parte una convención textual, de tal manera que una explicación de la realidad puede ser tan arbitraria como una explicación surgida de la ficción. La realidad es por tanto una institución que surge en muchas ocasiones de la ficción, el límite entre lo ficticio y lo real es fluctuante.

e) El derecho como inventar el mundo.

El derecho no puede decir nada sobre la verdad del mundo, pero si tiene el poder de inventarlo mientras lo interpreta y lo regula desde la ficción, de tal manera que la norma que surge de la regulación es verdad.

LECCIÓN 3 SISTEMAS DE PENSAMIENTO

JURÍDICO EN EL S. XIX

I. DOS ACTITUDES FUNDAMENTALES

- **Savigny: obra juvenil, obra posterior**

Savigny nace en 1779 en Frankfurt (Francoforte del Main) y muere en 1861. Estudia en la Universidad de Marburgo y ejerció la docencia en la Universidad de Berlín de 1810 a 1842. Tuvo también algunos cargos políticos relevantes en el Reino de Prusia.

OBRA JUVENIL

A. Ciencia del derecho

A Savigny se le considera el fundador de la escuela histórica del derecho, sin embargo la ciencia del derecho siempre tuvo para él dos vertientes:

- Carácter histórico
- Carácter sistemático o filosófico

La Ciencia del Derecho debía ser histórica y filosófica (Curso de invierno, 1803).

Es consustancial al derecho una unidad de carácter sistemático y por consiguiente es también la ciencia del derecho una disciplina de carácter filosófico. No obstante la legislación surge en un tiempo determinado y por tanto el elemento histórico es también consustancial a la ciencia del derecho.

La historia del Derecho se relaciona estrechamente con la historia del Estado y la de los pueblos. La legislación es un acto del Estado.

B. Elaboración e interpretación del derecho

Savigny distingue 3 aspectos:

- Aspecto interpretativo
- Aspecto histórico
- Aspecto sistemático o filosófico

B.1 Aspecto interpretativo

Savigny lo define como la reconstrucción de la idea expresada en la ley, pero en tanto que es cognoscible a partir de la ley.

Dentro del aspecto interpretativo distingue Savigny 4 elementos:

*** Elemento lógico:**

Por lógica entendemos aquel tipo de pensamiento que es susceptible de ser pensado idénticamente por muchos. Las relaciones de contenido del pensamiento son pensadas de manera idéntica (p.ej. el pensamiento matemático)

*** Elemento gramatical:**

El lenguaje jurídico también sirve a la elaboración interpretativa del derecho.

*** Elemento histórico:**

La interpretación de la norma debe realizarse en función del momento histórico en que surgió. (Para entender lo que el legislador quiso decir).

*** Elemento sistemático:**

Las normas se configuran en función de un sistema, del sistema jurídico. Por consiguiente podrá hacerse relación de una norma determinada con el resto de las normas de las que forma parte.

B.2 Aspecto histórico o elaboración histórica del derecho

Se debe tomar el sistema jurídico en su conjunto e imaginarlo progresivamente para la elaboración del derecho.

El sistema jurídico es una historia del sistema de la jurisprudencia en su conjunto.

Para Savigny a la hora de la elaboración del derecho hay que tener en cuenta la elaboración de carácter histórico que es ver el derecho en constante evolución, progresivamente, como un conjunto de carácter histórico.

B.3 Aspecto sistemático o elaboración sistemática

Su finalidad es ver lo diverso en la unidad que le corresponde, en la unión de conjunto.

La exposición de las normas jurídicas se plantea, en conexión con el resto del ordenamiento jurídico, y las lagunas de la ley deben ser completadas por medio de la analogía, pero acudiendo sólo a normas similares del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la elaboración sistemática el legislador debe apreciar que al crear una norma ésta esté engarzada en el ordenamiento jurídico.

C. Negación de las interpretaciones Extensiva, Restrictiva y Teleológica

En esta primera época Savigny adopta una posición positiva–legalista, y rechaza las interpretaciones extensiva y restrictiva, incluso también una interpretación finalista o teleológica de la ley.

Para Savigny el juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto. Únicamente atenderá a lo que el legislador ha dispuesto en la norma. Es intranscendente que nos fijemos en lo que pensó el legislador.

Más exactamente, el Juez atenderá a lo que se encuentra en las palabras de la Ley, en la expresión de la ley, según un sentido lógico, gramatical y sistemático.

Por tanto Savigny limita la labor del Juez que sólo puede ejecutar la ley, no crear la ley.

D. Regla superior y analogía

Savigny sí admite la analogía que consiste en el hecho de que haya en la ley una regla especial que regule un caso similar. Es decir, la existencia de una regla superior para que se pueda resolver la laguna legal en función de esa regla superior.

Pero este tipo de analogía la encontramos, o se debe encontrar dentro del propio ordenamiento jurídico.

La legislación se debe encontrar dentro del propio ordenamiento jurídico.

La legislación se debe complementar por si misma

OBRA POSTERIOR

• Espíritu del Pueblo

La segunda época de Savigny se inicia a partir de su obra más conocida titulada De la de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho. Fue publicada en 1814.

Esta obra se encuentra a medio camino entre su obra juvenil y su obra posterior. Es una obra intermedia en su pensamiento pero con conceptos de su segunda época.

Aparece en Savigny uno de sus conceptos fundamentales denominado **espíritu del pueblo**. Es un término del romanticismo jurídico.

Savigny tiene una convicción jurídica y esta convicción consiste en una sensación y contemplación inmediatas del derecho, es decir, todo lo contrario a un planteamiento racional del derecho.

El derecho es vivido como modos de comportamiento concretos y típicos que son observados con carácter general por los ciudadanos.

Estos ciudadanos viven el derecho como una necesidad interna. Son relaciones de vida típicas, por ejemplo la institución del matrimonio, la patria potestad, la propiedad, la compraventa.

B. Institutos Jurídicos

Estas relaciones de vida son jurídicamente vinculantes y Savigny las denomina como los Institutos Jurídicos. Consiguientemente son el punto de partida y el fundamento de la evolución del derecho.

El Instituto Jurídico tiene una naturaleza de carácter orgánico. Dice Savigny que el instituto jurídico es un todo lleno de sentido, es al mismo tiempo la evolución en el tiempo de relaciones humanas típicamente extendidas.

Los Institutos jurídicos configuran al mismo tiempo unidades entendibles en un conjunto.

Las reglas jurídicas solamente pueden ser deducidas de la contemplación total de los Institutos Jurídicos. Estos son el fundamento de las normas jurídicas. En las reglas jurídicas sí existe un proceso artificial en su creación, un proceso de abstracción, los Institutos Jurídicos en cambio son simplemente sentidos y contemplados. El legislador elabora la ley a partir de los Institutos Jurídicos. Va de lo general a lo concreto.

De la misma manera el Juez, a la hora de aplicar la ley realizará el camino inverso, irá de la ley, de lo concreto, a lo general, al Instituto Jurídico.

En Savigny hay un problema: que no puede explicar el paso que se da de la contemplación del Instituto Jurídico a la ley concreta, a la regla jurídica. Y al revés, tampoco puede explicar el paso de la regla jurídica al Instituto. Hay un salto demasiado grande, un muro infranqueable. Parece que falta un paso intermedio que él nunca explicó.

Por tanto diríamos que se aprecian como dos mundos jurídicos opuestos e infranqueables:

- Por una parte el mundo de los Institutos Jurídicos plenos de sentidos, llenos de valores que se caracterizan por una especie de contenido material en tanto en cuanto son vividos.

- Y por otra parte el mundo de las reglas jurídicas positivista y legalista que recuerda a su primera época y que de alguna manera tiene la característica de la lógica formal.

• **Fundamento o fin de la ley**

Desde el punto de vista de la interpretación del derecho sigue Savigny bastante fiel a su época juvenil, en la interpretación se trata de reconstruir la idea inherente a la ley.

La interpretación tiene que trasladarse mentalmente a la situación del legislador y repetir artificialmente la actividad del legislador.

También se dan los 4 elementos interpretativos, es decir, el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático, aunque estos 4 elementos deben actuar conjuntamente.

Sin embargo, hay un cambio con relación a su primera época. En la interpretación se ha de tener en cuenta la contemplación del Instituto Jurídico correspondiente.

Sí admite Savigny en esta 2ª época una interpretación tanto extensiva como restrictiva. En su 1ª época lo niega porque si admitiéramos estas interpretaciones iríamos más allá de lo que quería el legislador.

El fundamento o fin de la ley debe permanecer separado del contenido de la ley, no se debe considerar como parte integrante de la ley su finalidad.

En la interpretación la finalidad debe utilizarse con mucha prudencia.

Cuando la expresión empleada por la ley no se encuentra bien determinada, se puede recurrir tanto a la conexión interna de la legislación, a la manera de cómo está conectada esa norma con el resto del ordenamiento jurídico, como también se puede acudir a la finalidad de la ley siempre que esta finalidad sea demostrable. Por la vía histórica es como mejor se puede conocer la idea que asociaba el legislador a esa expresión indeterminada.

D. Analogía

Hay un cambio con relación a su primera época, ya no se queda únicamente en la idea de la regla jurídica determinada, sino que para colmar una laguna legal se puede ir a la contemplación del Instituto Jurídico respectivo.

Pero se pueden dar 2 casos:

1º. Que no encontramos un Instituto Jurídico aplicable (con relación a esa nueva norma jurídica entonces hay que crear un Instituto Jurídico que guarde afinidad con otros Institutos Jurídicos.)

2º. Que surja una nueva cuestión jurídica de carácter particular en un Instituto Jurídico que ya es conocido. Desde este punto de vista se ha de solucionar el conflicto según la afinidad de las normas jurídicas que pertenecen a ese instituto jurídico.

E. Conclusión

Desde un principio destacan en Savigny los métodos histórico y sistemático

Desde el punto de vista del **método histórico** el origen de cada ley se explica en una situación histórica determinada.

Desde el punto de vista del **método sistemático** se intenta comprender como un todo coherente la totalidad de las normas jurídicas y de los institutos jurídicos correspondientes.

En su época de juventud predomina un sistema de reglas jurídicas

En su obra de madurez aparece la conexión orgánica de los institutos jurídicos que se encuentran vivos en la conciencia general del pueblo.

Por tanto en la obra de madurez Savigny se libera de la vinculación a la literalidad de la ley y tiende a la contemplación general del Instituto Jurídico.

Savigny nunca pudo explicar el paso de la regla jurídica que simplemente es contemplada y vivida por el pueblo.

El mundo de las reglas jurídicas lógico-formal fue precisamente el que más influyó en autores posteriores, sobre todo en la Jurisprudencia de Conceptos.

- **JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS:**
- **F. Puchta: su doctrina acerca de las Fuentes del Derecho.**

Nace en 1798 y muere en 1846. Fue profesor en Munich, Leipzig y Berlín. Se considera discípulo de Savigny. Su obra fundamental fue Curso sobre las instituciones.

A.1 Sistema lógico y pirámide de conceptos

Puchta se va a inclinar por un sistema lógico de la circunstancia del derecho

Es característico de él la Pirámide de conceptos.

Va a evolucionar hacia la Jurisprudencia Formal de Conceptos.

Acepta de Savigny el carácter histórico del derecho y también fue fiel al concepto del espíritu del pueblo (característico de los románticos).

Siempre el método de Puchta va a ser un método formal conceptual, formalista, muy lógico.

Las normas jurídicas particulares configuran un sistema que procede del espíritu del pueblo. Pero este sistema de las reglas jurídicas es una conexión lógica de conceptos y esta conexión lógica es al mismo tiempo origen de otras normas jurídicas no conocidas antes

Consiguientemente la ciencia del derecho tiene como finalidad conocer las normas jurídicas en una conexión que se condicionan unas a otras y proceden unas de otras y se puede seguir la genealogía de las normas hasta llegar a la altura de su principio.

Y de la misma manera podemos hacer el movimiento inverso, se puede descender desde su principio hasta la base de las normas jurídicas.

De esta forma se hace visible el ordenamiento jurídico como si se tratara de una pirámide transparente.

La lógica formal lo que hace es dar más luz a ese concepto oscuro que es el espíritu del pueblo. El derecho que surge de esta manera es así un derecho científico que sale a la luz a través de los juristas.

El derecho por tanto es una pirámide transparente en la cual podemos ir elaborando la circunstancia del derecho a partir de normas jurídicas que se van engendrando de unas a otras. Desde la cúspide a la base o al revés se van elaborando unas normas que se engendran unas a otras y nos hacen ver transparentemente el ordenamiento jurídico. A medida que se va bajando se pierde en contenido y se gana en perspectiva. Y a medida que ascendemos se pierde en perspectiva y se gana en contenido.

A.2 Genealogía de conceptos

El auténtico conocimiento sistemático del derecho se consigue a través de un seguimiento en la derivación de cada concepto a través de todos los escalones que forman una norma jurídica.

Ej: *servidumbre de paso*

- En primer lugar la servidumbre es un **derecho subjetivo**. Define como derecho subjetivo poder sobre un objeto. Este sería un primer concepto de servidumbre de paso que estaría en la cúspide.
- En segundo lugar, descendiendo, la servidumbre es también un derecho sobre una cosa, es decir **un derecho real** que participaría al mismo tiempo de la característica de un derecho subjetivo.
- En tercer lugar, la servidumbre de paso **es también un derecho sobre una cosa ajena**. Es decir un sometimiento parcial de la misma. La clase especial de sometimiento que se hace sobre la cosa es el uso, por tanto este derecho sobre una cosa ajena participa de las características de un derecho real y al mismo tiempo de ser un derecho subjetivo.

A.3 Concepto superior

Puchta opina que cada concepto superior permite determinados enunciados. En este caso el concepto superior es el de derecho subjetivo que en el caso de la servidumbre de paso es un poder sobre un objeto. Pero al derivar el concepto inferior bajo el superior valen para el concepto inferior forzosamente todos los enunciados que se hubiesen hecho del concepto superior.

La genealogía de conceptos indica que el concepto supremo del que se derivan todos los demás está determinando todos los restantes conceptos.

A.4 Filosofía del derecho como contenido

El contenido al concepto superior le viene de la filosofía del derecho.

Hay una especie de a priori jurídico-filosófico que incluye en todo el sistema, incluso en Puchta, el concepto de libertad de Kant.

Para él cada concepto superior procede de la filosofía del derecho y una vez que ese concepto superior está lleno se inicia la derivación en la pirámide.

Ej: en el concepto superior de Derecho Subjetivo Puchta sitúa un concepto de sujeto de derechos como persona jurídica (lleno de contenido ético)

El concepto de persona proviene de la Filosofía del derecho y de ahí el derecho subjetivo.

Sin embargo el problema de la pirámide de conceptos y de su genealogía reside en que a medida que nos alejamos del concepto superior las normas jurídicas subsiguientes van perdiendo en contenido ético.

A.5 Concepto fundamental

La Jurisprudencia de Conceptos plantea el problema de que las normas jurídicas particulares no se enjuician según un fin esencial, ni tampoco según el sentido jurídico, según un instinto jurídico, sino que las normas jurídicas particulares se aprecian únicamente en función del escalón en el cual se encuentran en esa pirámide de conceptos.

Dos consecuencias se pueden deducir:

1º.- La construcción del sistema jurídico depende de un presupuesto que es el concepto fundamental cuyo contenido no es de derecho positivo sino que es previo a la ciencia del derecho y le viene de la Filosofía del Derecho. **Sólo es derecho lo que se subordina a partir del concepto fundamental.** (el concepto fundamental no es propiamente derecho)

No obstante hay que hacer una pequeña crítica a Puchta: que en toda norma jurídica particular encontramos conceptos como por ejemplo: persona, responsabilidad, imputabilidad; consecuentemente siempre habrá un contenido ético en las normas jurídicas particulares y de alguna manera la ciencia del derecho dependerá de la Filosofía.

2º.- La influencia de la filosofía se reduce a la determinación del contenido de los conceptos fundamentales.

A.6 Formalismo jurídico

El procedimiento lógico deductivo que plantea Puchta es una clara influencia del Racionalismo del s.XVIII. Al mismo tiempo Puchta va a influir en el formalismo jurídico posterior en la formación abstracta de conceptos y al mismo tiempo se desvincula de la relación que hizo Savigny entre reglas jurídicas e institutos jurídicos.

Puchta supone el alejamiento de la ciencia del derecho de la realidad social, política y moral. Separa la ciencia del derecho de estas realidades. Autores posteriores, mas que volver a una influencia de la filosofía en el derecho, lo que van a hacer es una influencia de la sociología en el derecho.

B. Rudolph von Ihering: su primera fase conceptualista

Nace en 1818 y muere en 1892 y es uno de los autores de mayor influencia en la ciencia del derecho. Se dedicó a la enseñanza e investigación de la filosofía del derecho y representa de alguna manera el pensamiento jurídico de su época y mostró una preocupación por la realidad política y social del tiempo que le tocó vivir. Fue un gran defensor del proceso de unificación alemana que culmina en 1871.

Hay dos fases muy diferenciadas en su pensamiento jurídico y contrapuestas:

1º.- De carácter conceptualista, de gran abstracción.

2º.- Con una interpretación sociológica del derecho, con una gran influencia en autores posteriores.

B.1 Desunión del S. XIX

Ihering simboliza las división que caracteriza a la ciencia del derecho a lo largo del S. XIX.

- En esta primera época Ihering culmina la obra de Puchta.
- En la segunda época reacciona contra el pensamiento lógico-formal, contra la jurisprudencia de conceptos y termina claramente en una jurisprudencia práctica, totalmente contraria a la anterior con base sociológica.

Ihering da suma importancia al método sistemático de la Ciencia del Derecho, mas que la interpretación y el método histórico.

B.2 Cuerpos simples

El método sistemático consiste en descomponer los institutos jurídicos (Savigny) y las normas jurídicas correspondientes, en unos elementos lógicos. Habla de destilar limpiamente estos elementos lógicos y a continuación reconstruir con ellos combinándolos tanto las normas jurídicas ya conocidas como construir unas nuevas normas jurídicas.

La Ciencia del Derecho es universal, los juristas de todos los países y todas las épocas hablan la misma lengua, aplican el mismo método, frente al nacionalismo jurídico de Savigny (Institutos Jurídicos como voluntad de un pueblo).

El método que plantea Ihering para la ciencia del derecho es descomponer y recomponer de manera lógica las normas jurídicas de tal manera que en lugar de conseguir una cantidad infinita de normas jurídicas de diversas clases, de lo que se trata es de conseguir un número claro de cuerpos simples, y con ellos se pueden recomponer cuando se necesite las normas jurídicas particulares. No solamente se trata de una recomposición de normas sino que se puedan crear nuevos conceptos jurídicos, nuevas normas, de tal manera que estos cuerpos simples son productivos (crean algo nuevo a través de la combinación entre ellos).

La operación más importante no es solamente la aplicación del derecho sino la simplificación de los materiales jurídicos. La simplificación de la ciencia del derecho adquiere dos vertientes:

- una cuantitativa
- otra cualitativa

En la vertiente cuantitativa encontramos un análisis jurídico por el cual se puedan descomponer los materiales jurídicos . Encontramos también una concentración lógica que es la labor contraria, es una labor de síntesis; el jurista puede llegar de lo particular a poder definir los principios generales. En tercer lugar, construir un ordenamiento jurídico a través de la producción de nuevas regla jurídicas.

La simplificación cualitativa se fundamenta en la construcción de lo que denomina cuerpos jurídicos, en la cual hay que tener en cuenta los elementos que lo integran (sujeto, objeto, acción, efecto), también la evolución de ese cuerpo jurídico, su nacimiento y muerte, la relación con otros cuerpos jurídicos y esta construcción debe ser clara y transparente. Lo importante es la simplificación jurídica.

El problema que surge es que las normas que surgen de la combinación de estos cuerpos simples plantea la duda de su vigencia. A las normas así creadas les falla la vigencia.

Ihering utiliza un método inductivo: de las normas generales llega a la descripción de los cuerpos simples (simplificación del método)

Ejemplo: lo mismo que las palabras están integradas por letras y llegas así al alfabeto, las normas jurídicas están integradas por cuerpos simples. La combinación de letras cada una con su sonido crea las palabras, de la misma manera, la combinación de cuerpos simples crea normas jurídicas.

B.3 Química jurídica de cuerpos simples

La ciencia sistemática del derecho para Ihering es como una especie de química jurídica cuya finalidad es encontrar los cuerpos simples, estos cuerpos al ser volatilizados proporcionan el paso del derecho de un estado inferior a otro superior.

La transformación consiste en que el derecho abandona su característica imperativa inmediata y adopta la figura de un cuerpo jurídico. Por ello el derecho deja de ser norma coactiva vigente para convertirse exclusivamente en norma abstracta a través de una ciencia en la que se busca una especie de estética jurídica, una ciencia del derecho perfecta que solucione cualquier conflicto en cualquier lugar.

B.4 Ruptura entre necesidad práctica y jurídica

Las normas jurídicas creadas por combinación de cuerpos simples obedecen sólo a una necesidad de carácter jurídico, no de carácter práctico. Esas normas existen porque no pueden no existir, necesariamente tienen que existir.

B.5 Conceptos jurídicos con mero valor enunciativo

Los conceptos jurídicos no tienen la validez de las normas jurídicas, sólo tienen un mero valor enunciativo, les falta el carácter preceptivo de las normas. Contra este problema va a surgir un segundo Ihering (su segunda época).

C. Balance del s.XIX

C.1 Procedimiento lógico-formal como sistema perfecto

La parte central del S. XIX está dominada por la jurisprudencia de conceptos que se inclina con el método lógico-formal de Savigny de las reglas jurídico particulares.

La aplicación e interpretación del derecho, se concibe como un procedimiento lógico-formal que pretende ser un sistema completo, cerrado para el derecho, una ciencia exacta que solucione todos los conflictos jurídicos. Este sistema no necesita un desarrollo posterior, ni tampoco necesita acomodarse a situaciones reales, la realidad no le afecta.

Las normas jurídicas nuevas no surgen de la realidad social, sin que únicamente se extraen del mismo derecho en el cual se encuentran como latentes, ocultas.

C.2 Depuración de conceptos jurídicos

La jurisprudencia de conceptos contribuye de manera importante:

- a la clasificación, depuración de conceptos jurídicos
- a la estructuración de un método jurídico
- a intentar conseguir de la jurisprudencia una ciencia del derecho
- influye en la renovación de la legislación alemana que va a influir en todo occidente.

C.3 Hacer ostensible la razón oculta en la ley

Se concibe el derecho positivo como un orden racional susceptible de ser sistematizado.

La ciencia del derecho en el s.XIX pretende:

- hacer ostensible la razón que se encuentra oculta en la ley
- liberar el derecho de una especie de aislamiento en que se encuentra dentro de las normas individuales, bien acudiendo a un concepto superior o bien desmontando las normas jurídicas en cuerpos simplificados al estilo de Ihering (liberalización del derecho).

II. EL SEGUNDO IHERING

• Misión social del derecho

En 1864 publicó el Tomo IV de su obra Espíritu del derecho romano y a partir de aquí se aprecia un cambio radical en su pensamiento jurídico que se desarrolla en otras dos obras:

- La lucha del derecho
- El fin en el derecho

A partir de la Revolución de 1848 en Europa se aprecian cambios sociales, políticos y económicos importantes.

La historia de Europa adquiere un nuevo orden de magnitud a partir de 1860:

- Desarrollo del liberalismo
- Desarrollo del sufragio universal
- Desarrollo de los principios de: + la soberanía de la voluntad

+ la autonomía privada

Pero a finales del s.XIX se habla ya de la Misión social del derecho. Ihering va a sintonizar con la nueva época a través de un positivismo sociológico.

Ihering se inclina desde este momento por la vigencia práctica de la norma jurídica (lo contrario de lo hecho en otra época). Se arrepiente y hasta llega a criticar su pensamiento de la primera época.

A través de la lógica formal nos alejamos del derecho y de la realidad social

• Postulación de la vida

Para Ihering la vida no existe a causa de los conceptos, sino al revés, los conceptos existen a causa de la vida.

La lógica no impone criterios de vida sino que es la vida, la realidad social, la que da sentido al derecho.

La fuente de los conceptos jurídicos se encuentra en motivos psicológicos, prácticos, éticos e históricos, por eso hay que buscar una jurisprudencia práctica.

Desde este punto de vista es fundamental el fin en el derecho.

• EL FIN EN EL DERECHO.

Para Ihering el fin es el creador de todo derecho, pero Ihering habla de unos fines prácticos, que dan lugar a las normas jurídicas particulares, y por tanto las normas únicamente se entienden en función de esos fines. Ihering no habla de un fin general del derecho, de un fin que dé sentido al derecho, sino de un fin con carácter práctico.

- **EL SUJETO CREADOR DE FINES Y DE DERECHO.**

Es importante destacar que los fines no son los creadores del derecho, sino que realmente el auténtico creador del derecho es únicamente el sujeto que establece esos fines, y persigue la consecución de esos fines haciendo prevalecer el derecho..

Este sujeto es el legislador, pero este legislador no actúa como persona individual, sino que únicamente es representante de una aspiración común a todos los miembros de una comunidad jurídica. Por tanto esta aspiración sólo se haya en la sociedad, el legislador no es el protagonista, sino que el protagonismo se traslada a la sociedad.

Para Ihering una sociedad es: la cooperación para fines comunes en la cual cada uno al actuar para otros actúa también para sí mismo, y al actuar para sí mismo actúa también para los otros.

- **PODER COACTIVO.**

Toda sociedad para garantizar una convivencia necesita una norma relativa a la conducta de los individuo. Para que esa norma se cumpla, la sociedad crea para sí misma un poder coactivo que resida en el Estado.

El derecho por tanto, es la forma que asegura las condiciones de vida de la sociedad y esa forma debe residir nuevamente en el poder coactivo del Estado.

- **LA SOCIEDAD COMO LEGISLADORA.**

Ihering traslada el centro e gravedad del legislador como persona a la sociedad. El gran protagonista es la sociedad, y por tanto el monopolio en la creación del derecho reside en el Estado.

Derecho es sólo la norma coactiva establecida por el Estado.

- **CONTENIDO Y FIN DE LA NORMA JURÍDICA.**

La norma jurídica tiene una relación jurídica con un fin determinado y este fin es útil a la sociedad. La norma existe gracias al fin que se ha propuesto la sociedad, que se hace cumplir a través del poder coactivo del Estado.

Para comprender una norma jurídica no se necesita un análisis lógico o psicológico. Simplemente un análisis de carácter sociológico.

- **NO JERARQUÍA OBJETIVA DE FINES SOCIALES.**

Ihering no establece ninguna jerarquía de fines sociales, los fines de una sociedad surgen sólo de las distintas necesidades vitales de una sociedad concreta en un momento histórico determinado.

Para Ihering lo que una determinada sociedad estima útil y de interés para su prosperidad lo decide únicamente el anhelo de felicidad de esa sociedad, pero es un anhelo históricamente cambiante (sociología pura)

- **UTILIDAD SOCIAL.**

Ihering defiende un utilitarismo de carácter social. Relativiza totalmente las pautas del derecho. Incluso las pautas morales son también imperativos sociales que tienen como único fin la prosperidad de la sociedad, y por consiguiente estas pautas morales son también cambiantes.

Crítica Ihering realiza un reduccionismo del derecho, incluso de la propia moralidad. El derecho y la moral tiene como único fin la utilidad social. Ihering convierte al derecho en una especie de juguete al servicio de los intereses que predominan en una sociedad en un momento determinado.

La actitud de Ihering tiene algo de positivo, y es que exige al derecho una actividad permanente estimuladora y atenta a los fines sociales. En su obra *La lucha por el derecho*, Ihering advierte que el derecho se debe conquistar cada día y que el derecho debe estar atento a esa realidad social que es cambiante.

Sin embargo (otra crítica) con esta cisión del derecho se puede llegar a la destrucción del propio ordenamiento jurídico. A la destrucción del propio sentido del orden del derecho, y por tanto el derecho puede quedar en manos de la política del poder, y el jurista se puede convertir en mero técnico del ejercicio del poder.

• **INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO DE IHERING.**

Ihering aporta la idea de la función social del derecho, sin embargo Ihering no tiene en cuenta si los fines sociales deben estar subordinados o no a un orden objetivo de valores.

Ihering va a influir decisivamente en lo que se va a denominar la jurisprudencia de intereses que pretende mantener el derecho al margen de principios ético-jurídicos, de todo sentido del derecho natural, y al mismo tiempo influye también en la interpretación del derecho como poder coactivo que llega hasta nuestros días.

Del Vecchio va a definir el derecho como: bilateralidad, generalidad pero también imperatividad y coactividad. Lo esencial del derecho es el precepto y la sanción. Una crítica hay aspectos del derecho en los que la característica no es la sanción ni la imperatividad, por ejemplo: derecho consuetudinario, gran parte del derecho constitucional, y el derecho internacional público.

LECCIÓN 4 JURISPRUDENCIA DE INTERESES Y

DOCTRINA DEL DERECHO LIBRE.

• **JURISPRUDENCIA DE INTERESES.**

• **Genética**

- Investigación y valoración de la vida.
- Interés.
- Ciencia teórica del derecho.
- Leyes como resultantes del derecho.
- El legislador en 2º plano
- Teoría genética de los intereses.

A.1 Investigación y valoración de la vida

El creador real de la jurisprudencia de intereses fue Ihering, pero esta denominación va a surgir con autores posteriores que van a desarrollar la teoría de Ihering, y adquiere especial importancia en Alemania.

Destaca la figura de Felipe Heck, nacido en 1858 y muerto en 1943. Fue profesor en la Universidad de Tubinga. A él se debe sobre todo la teoría genética de la Jurisprudencia de intereses.

Heck enlaza en su pensamiento jurídico directamente con Ihering. estos autores han sido muy controvertidos, de alguna manera se les ha vinculado con el nazismo..

La Jurisprudencia de intereses pretende dar una primacía a lo que ellos denominaban la investigación y la

valoración de la vida. Para esta doctrina se pretende una ciencia práctica del derecho, y esta ciencia explora caminos hacia una meta final única, hacia la influencia en la vida. La Jurisprudencia de intereses quiere facilitar al Juez su oficio, por medio de la investigación de la Ley y las relaciones de la vida y conseguir así una resolución adecuada a cada caso.

A.2 Intereses.

La meta final de la Jurisprudencia o del Derecho (en esta época se identifican) es la satisfacción de las necesidades de la vida, de las apetencias tanto materiales como ideales que existan en la comunidad jurídica. Estas apetencias es lo que ellos denominan intereses. En cada caso particular el derecho no debe perder de vista esta meta final. En cada formación de concepto, en cada uno de los conceptos, debe estar presente esta meta.

A.3 Ciencia teórica del derecho.

Se defiende una Ciencia Práctica de la Jurisprudencia del derecho porque identifica la idea de practicidad con toda ciencia.

Críticas a esta interpretación (Prof. Larenz). Larenz opina que no es sustancial a una ciencia la idea de lo práctico. La primera finalidad que surge con frecuencia en toda ciencia es un enriquecimiento del conocimiento, o lo que es igual, una finalidad puramente teórica. Por consiguiente se puede hablar también de una ciencia teórica del derecho. Incluso las ciencias de la naturaleza, o la ciencia de la economía lo que pretende en principio es un enriquecimiento del conocimiento teórico, lo que se aplica después en la práctica (también la ciencia del derecho).

A.4 Leyes como resultantes de intereses.

La Jurisprudencia de intereses pretende que el derecho sea una protección de intereses, de tal manera que los preceptos legales no solamente estén destinados a delimitar intereses, sino que ellos mismos también son productos de intereses.

Las Leyes son las resultantes de los intereses de carácter material, de carácter nacional, religioso, y ético que se contraponen unos a otros y luchan para adquirir un reconocimiento. Las Leyes son el resultado de los intereses que han vencido en esa lucha entre los propios intereses.

Por tanto, el método fundamental para la ciencia jurídica es conocer con precisión histórica los intereses reales que han dado lugar a la Ley, que han vencido y que han conseguido entrar en la Ley. También son importantes el conocimiento de los demás intereses que no han conseguido vencer pero que son importantes para la resolución del caso.

A.5 El legislador en segundo plano.

El legislador como persona pasa a un segundo plano en relación a las fuerzas sociales y a los intereses que son los que consiguen entrar en la Ley como consecuencia de esas fuerzas sociales.

Existen por tanto unos factores causales de la Ley que son los intereses. A la hora de la interpretación se ha de tener en cuenta los intereses que aparecen en la Ley y no las ideas del legislador. El legislador viene a ser una especie de denominación sintética de los intereses causales.

A.6 Teoría genética de los intereses.

La denominación de teoría genética se debe a Heck también, según la cual determinados intereses al dar lugar

en el legislador ideas de deber ser, imperativas, coactivas, se transforman en mandatos y por tanto los intereses son causa de normas jurídicas.

Los intereses son decisivos en la formación del derecho, y no son intereses abstractos, sino que son causas que operan en la práctica creando derecho. Por consiguiente la interpretación de la Ley es una investigación histórica de intereses, una explicación de causas.

Los autores de la Jurisprudencia de Intereses pretenden hacer de esta Ciencia una Ciencia independiente de cualquier movimiento filosófico o científico.

Otra crítica esta pretendida independencia no se da, hay una clara influencia por ejemplo de doctrinas económicas. El mismo concepto de interés es eminentemente economista.

Hay una clara influencia también de las ciencias positivas; y además estos autores sitúan a un mismo nivel intereses ideales (libertad, justicia, responsabilidad, seguridad ...) con los intereses materiales. Ambos tipos de intereses son por tanto meras apetencias de las ciencias sociales, clara influencia de la ciencia economicista. No se dan cuenta de la influencia científica de su propia época.

- **Productiva.**

- Intereses como objetos de valoración
- Intereses no son pautas de valoración
- Geny
- Lagunas legales
- Conceptos jurídicos de origen no jurídico
- Formación valorativa del concepto
- Sistema externo y Sistema interno
- Consecuencias de la jurisprudencia de intereses.

B.1 Intereses como objetos de valoración

Enrique Stoll destaca la idea de que junto al interés como factor causal de normas jurídicas, existe también un concepto de interés que hace referencia al objeto al cual nos referimos en cuanto a la valoración llevada a cabo por el legislador. A la hora de delimitar los intereses que luchan entre sí y por tanto decidir aquellos que van a entrar en la Ley es evidente que tiene que hacer un juicio de valor.

El juicio de valor se fundamenta en la idea de un orden deseable, o lo que es lo mismo, en un ideal social, y esta decisión del legislador influye al mismo tiempo en los intereses que han participado en esa lucha. Es decir tiene un efecto en los intereses. Por tanto, en toda norma jurídica hay siempre un juicio de valor que de alguna manera subyace en el antagonismo de los intereses. Esta toma de decisión es un acto libre. Por tanto parece que con esta acción libre de intereses ya no son meras causas de la norma; se pierde de alguna manera esa causalidad entre intereses y normas jurídicas porque hay un acto libre de decisión del legislador intermedio

B.2 Interés, no pautas de valoración.

A pesar de que se habla de juicios de valor para decidir que intereses van a configurar la norma jurídica, sin embargo, estos autores siguen empeñados en destacar que los intereses son la causa real de la norma jurídica y ocultan el concepto de valor en cuanto a esa decisión del legislador.

Como mucho, el legislador tiene juicios de valor, pero estos juicios de valor, no hacen relación a unas pautas de valoración superiores sino que los juicios de valor siguen haciendo referencia a intereses (intereses ideales que el legislador elige al formar la norma).

La Jurisprudencia de intereses confunde intereses con juicios de valor y con pautas de valoración y esta confusión es un grave problema en el método de esta doctrina jurídica.

B.3 Geny. (IMPORTANTE!!!)

Geny es un autor que se inició en la Jurisprudencia de intereses, pero se percató inmediatamente de las limitaciones de este pensamiento jurídico y Geny tiene en cuenta, no solamente los hechos sociales para configurar el derecho, sino que sobre todo Geny se libera de la Jurisprudencia de intereses al defender que los hechos sociales tienen que ser apreciados (definidos) a la luz de unos principios que estén dados en la naturaleza moral.

Existen unos principios de justicia que son superiores a la mera contingencia de los hechos sociales (a lo cambiante).

Geny va a influir en gran parte del pensamiento jurídico posterior en toda Europa.

B.4 Lagunas legales.

Para colmar las lagunas legales, la Jurisprudencia de intereses acude al mismo procedimiento de investigación jurídica de los intereses. (saber que intereses han triunfado en esa norma).

Los de la Jurisprudencia de intereses consiguen abrir al juez la posibilidad de desarrollar el derecho con fidelidad a la Ley pero al mismo tiempo de acuerdo con las necesidades de la vida.

Es positivo en la Jurisprudencia de intereses esta liberalización del juez de la interpretación lógico – formal que limitaba al juez en su interpretación.

Heck rechaza que la Ley tenga cobertura para todos los conflictos que se planteen. Toda Ley plantea lagunas y la solución a este problema no se puede dar a través de un procedimiento lógico formal o de la Jurisprudencia de conceptos.

B.5 Conceptos jurídicos de origen no jurídico.

Los de la Jurisprudencia de intereses sólo admiten que existan conceptos jurídicos que procedan de intereses sociales y por tanto niegan que puedan surgir conceptos jurídicos de otros conceptos jurídicos. Pero niegan también que puedan surgir conceptos jurídicos que puedan tener su origen en conceptos no jurídicos (de influencia ética...) únicamente deben proceder de intereses sociales. Sin embargo hay que hacer una crítica a este planteamiento

Hay conceptos de carácter jurídico que proceden de categorías de

carácter ético que tiene existencia propia al margen del derecho y además

estos categóricos éticos pueden descubrirse detrás de conceptos jurídicos

las propias normas jurídicas e incluso por un procedimiento lógico formal.

Ejemplo: categorías de persona, causalidad, imputación, acción en tanto

en cuanto si interviene o no la voluntad.

B.6 Formación valorativa del precepto .

Heck admite que ante el problema de una laguna legal, en lugar de acudir a un procedimiento lógico formal se pueda acudir a lo que se denomina una formación valorativa del concepto. El mismo hecho de la existencia de la laguna legal implica un deseo de llenar esa laguna y la forma de llenar esa laguna es acudiendo a los intereses que han participado en esa norma, es decir, se consigue una formación valorativa del precepto pero siempre según los intereses de la norma.

B.7 Sistema externo y sistema interno.

El ordenamiento jurídico presenta dos vertientes:

- Vertiente externa del sistema jurídico.
- Vertiente interna.
 - La vertiente externa es el aspecto superficial del ordenamiento jurídico. Está integrada solamente por conceptos de orden y estos conceptos de orden sí pueden ser creados a través de un procedimiento lógico – formal, pero son conceptos intrascendentes, es el aspecto superficial del ordenamiento jurídico.
 - La vertiente interna del ordenamiento jurídico está integrada por conceptos de intereses, es la autentica sustancia del ordenamiento jurídico, es el aspecto fundamental del ordenamiento jurídico. Los intereses sociales son el pilar del ordenamiento jurídico.

Crítica la división del ordenamiento jurídico en externo e interno es una división artificial planteada únicamente para admitir la existencia de conceptos jurídicos y la importancia de los intereses sociales (la mayoría de los autores no admiten la división).

B.8 Consecuencias de la Jurisprudencia de intereses.

Esta doctrina tuvo gran importancia en Alemania.

El profesor Hernandez Gil llega a decir que esta doctrina pretendió convertirse en fiel interprete de la situación política Alemana entre los años 35–45.

La Jurisprudencia de intereses sí tiene de positivo que libera el derecho de la Jurisprudencia de conceptos y acerca el derecho a la realidad social.

Sin embargo no llegaron a clarificar la distinción entre:

- concepto de intereses
- juicio de valor
- y pautas legales de valoración.