

# Teoría General del Derecho: Parcial I

- Descartes (1596-1650):

- Contexto:

Descartes fue un matemático que introdujo el racionalismo al pensamiento moderno.

- En la **Antigüedad**, todo se basa en la naturaleza y se comprendía a la *violencia* como desviar algo de su crecimiento, lo cual lo hace terminar donde no debería. Por lo tanto, se entendía por *justicia* devolver a la naturaleza a su equilibrio.
- En la Edad Media todo se basaba en un ser absoluto, que creó todo lo demás. Al ser absoluto, es el único capaz de impartir justicia.
- En la Modernidad, surge por la caída de la era medieval, donde se creía que iba a acabar el mundo.

- Objetivo:

Buscaba una verdad absoluta que se fundamenta a sí misma y a todo lo demás.

Absoluta; que no admite ningún ejemplo en lo contrario

- ¿Cómo resuelve?:

A la hora de comenzar con su búsqueda, Descartes se dio cuenta que todos los conocimientos comienzan a través de los sentidos, pero que estos **no son absolutos**, porque no se pueden fundamentar. Ni la ciencia, ni las “verdades lógicas”, ni los sentidos, ni los sueños son absolutos. Es en ese momento, que Descartes comienza a **DUDAR**, y en ese proceso, se da cuenta que lo único que comparten todas las cosas (fenómenos) que existen, son el hecho de que existen porque yo las pienso. Por lo tanto, cuando se comprende **todo**, se habla de **RAZÓN**.

## ● Hobbes (1588-1679):

### ○ Contexto:

monarquía en Hobbes se desenvuelve en lo que se conoce como la crisis de la Inglaterra, rodeado por la guerra civil .

### ○ Objetivo:

Buscaba comprender cómo construir una sociedad civil (=Estado) que evite la guerra civil.

### ○ ¿Cómo resuelve?:

Según Hobbes el hombre es parte de la naturaleza, y esta tiene infinidad de cosas y todas están relacionadas entre sí. Por lo tanto, todo lo que existe son **cuerpos en movimiento**, que son fuerza y se miden en poder o potencia, o sea, **esfuerzo. SOMOS ESFUERZO POR PERSEVERAR POR LA PROPIA EXISTENCIA**. Al mismo tiempo, somos seres **pasivos**, porque necesitamos de las potencias del otro para poder desarrollarnos.

Hay algunos movimientos que dictan nuestro cuerpo, estas son: las **MOCIONES VITALES**, como por ejemplo: respirar. Estas, comienzan en la generación de la vida y continúan sin interrupción a través de la vida entera. Las mociones, equivalen a **ESFUERZOS**.

Sin las **Pasiones Básicas**, la salud, el comercio, la educación, etc., no se pueden desarrollar. Estas son:

- **COMPETENCIA:** Que siempre lleva siempre a la **desconfianza**.
- **HONOR:** que se trata de como la opinión alta de nosotros nos eleva la potencia y nos ayuda a nuestro desarrollo.
- **ESPERANZA:** que sirve para mantener unas expectativas altas.
- **MIEDO:** que es el cálculo del mal menor. Es cuando nuestras expectativas son bajas.

Al mismo tiempo, algunas de estas pasiones tienen **EXCESOS:**

- **ESPÍRITU DE GLORIA:** es el exceso del honor. Es cuando nos obsesionamos con la opinión del otro y nos creemos ser mucho más de lo que realmente somos, por lo tanto, nos volvemos traicioneros
- **INCAPACIDAD DE ENTENDIMIENTO:** es el exceso de la Esperanza. Cuando nuestras expectativas

son MUY altas, nos volvemos ciegos y no podemos interpretar los peligros.

- **TERROR:** Es el exceso del miedo. Cuando las expectativas son TAN bajas, nos paralizamos.

cuando al hombre se lo priva de TODAS sus pasiones básicas, se entra en el **ESTADO DE NATURALEZA:** Si dos hombres quieren lo mismo, se vuelven enemigos y si no hay un orden jurídico que regule el conflicto, se desenvuelve la guerra. Esto sucede porque los hombres tanto en capacidades físicas como mentales son relativamente iguales.

Es una **guerra de todos contra todos**, donde no hay un poder que atemorice a los individuos y no hay protección ante el peligro, o sea, ante la muerte violenta. Se suele creer, que en el estado de naturaleza, hay libertad. Pero, si a esta se la entiende como la falta de impedimento para el movimiento, sería lo contrario, porque en este estado, el peligro está siempre tan cerca que se termina limitando.

En el estado de naturaleza, el comercio, la educación, la salud, etc., no se pueden desarrollar, por lo tanto nosotros (que somos seres pasivos), no podemos aprovecharnos de las potencias de los demás. Por eso se dice que la vida del hombre es solitaria: porque no nos podemos aprovechar de otras potencias; dura: porque estamos constantemente frente al peligro; y por consecuencia, breve.

Según Hobbes, para salir del estado de naturaleza tenemos que entender que la **MUERTE VIOLENTA**, es todo lo contrario a la esencia del ser humano: esforzarnos para perseverar en la propia existencia.

La forma para lograr esto, es que todos los individuos se sometan a un **PODER ABSOLUTO**, mediante un **contrato social**, donde le ceden al soberano todos sus derechos. Sin embargo, absoluto quiere decir que no admite ejemplo en lo contrario, pero Hobbes le pone un límite a este poder que, por definición, no debería tenerlo. Esto es, que el soberano recibe todos los derechos cedidos por los individuos a cambio de garantizarles la muerte no violenta.

Si el soberano logra garantizar esto, todos los elementos que no podían desarrollarse en el estado de naturaleza (educación, salud, comercio, etc.), lo comienzan a hacer ahora, porque nosotros nos podemos aprovechar de las potencias de los demás. Esto sucede cuando el régimen del soberano se vuelve estable y se crea un nuevo cuerpo artificial: **SOCIEDAD CIVIL**.

## ● Kelsen (1881-1973):

### ○ Contexto:

Kelsen es un jurista austriaco y judío que vivió durante ambas guerras mundiales. Es por eso que se tuvo que escapar a Estados Unidos, por el inminente peligro que le suponía el conflicto y su sustitución en el Tribunal Constitucional.

Kelsen era positivista, que es una corriente de pensamiento que nace a mediados del siglo XIX, con el auge de las ciencias duras y el desprestigio de las ciencias sociales.

### ○ Objetivo:

El objetivo de Kelsen era demostrar que las ciencias jurídicas tenían las mismas características que las ciencias duras.

### ○ ¿Cómo resuelve?:

Para demostrar esto, Kelsen habla de una **NORMA BÁSICA**, que envuelve a TODAS las normas jurídicas que existen en su generalidad. No toma sus contenidos, porque en ellos se diferencian del resto, si no que toma sus características generales. Esta norma básica es:

## EL JUICIO HIPOTÉTICO DEL DEBER SER COACTIVO DICTADO POR AUTORIDAD COMPETENTE.

**JUICIO:** Es una frase con sentido

**HIPOTÉTICO:** Algo que tal vez sucede

**DEL DEBER SER:** no es causalidad. Es cuando el derecho reconoce que se cometió un acto ilícito

**COACTIVO:** Porque la sanción debe ser más valiosa que el acto cometido y esta se debe aplicar por la fuerza.

**DICTADA POR AUTORIDAD COMPETENTE:** debe ser dictada por un organismo con competencia en materia de *legislar*.

La validez de la norma puede ser *general*: para que salga desde lo superior; o *individual*: para que esté dentro del derecho. Además de ser válida, debe ser efectiva

De hecho, Kelsen logra explicar cómo las ciencias jurídicas tienen las mismas características que las ciencias duras:

- **OBJETIVIDAD:** En las ciencias duras siempre se obtiene el mismo resultado, sin importar quien lo busque. Es decir, todos en todo el mundo cuando

sumemos  $2+2=4$ . En las ciencias jurídicas, tenemos la norma básica, que incluye a TODAS las normas del mundo, o sea, todas cumplen con la norma básica.

- **PREDICTIVA:** en las ciencias duras, sabemos que algo va a pasar antes de que suceda, por ejemplo, si sostengo algo en el aire se que si lo suelto se va a caer por la fuerza de la gravedad. En las ciencias jurídicas, sabemos que toda norma tiene una sanción, sabemos cuál es la consecuencia antes de cometer el acto.
- **PROGRESO:** en las ciencias duras, desde un punto de llegada, se desenvuelve el punto de partida. En las ciencias jurídicas el progreso se da cuando de una norma, surge otra.
- **PUNTO DE PARTIDA Y LENGUAJE PROPIO:** Las ciencias duras se distinguen las unas y de las otras, además de tener un lenguaje propio. Lo mismo sucede con las ciencias jurídicas, porque se distinguen fácilmente de las demás ciencias y tienen su lenguaje propio, por ejemplo: la palabra constitución.
- **CAUSALIDAD:** en las ciencias duras, sin importar las variables siempre va a ser el mismo fin, o sea, cada vez que suelto algo en el aire, cae, sin importar las condiciones. En cambio, en las ciencias jurídicas, existe el **DEBER SER**, porque en el derecho no hay principio de causalidad, porque hasta que este no reconozca que hay una acto antijurídico, no hay proceso judicial. Kelsen pone la atención en el *proceso* y no en la sanción, porque la segunda puede pasar como no; mientras que la primera: si o si sucede, una vez que el derecho lo reconozca.

## ● Conceptos jurídicos fundamentales:

- **OBLIGACIÓN:** El derecho se presenta como una regulación *obligatoria* de conducta humana
- **ACTO ANTIJURÍDICO:** La conducta del individuo contra el cual se dirige la sanción como consecuencia de dicha conducta.
- **SANCIÓN:** es un acto de coacción que es más valiosa que el acto antijurídico cometido
  - Civiles: que consta la reparación económica de un daño cometido.
  - Penales: que consta en la privación de la libertad

- **RESPONSABILIDAD:** es responsable es quien responde por la transgresión. Para el derecho serlo, equivale a ser imputable, o sea, ser el sujeto pasivo que recibe la sanción
  - Subjetiva: cuando el daño se realiza con intención de dañar o con indicio de culpa
  - Objetiva: cuando la voluntad no haya existido
 También puede ser:
  - Individual: cuando se puede distinguir al culpable, es subjetiva
  - Colectiva: cuando no se puede distinguir al culpable, es objetiva y se da en caso de sociedades
- **PERSONA:**
  - El artículo 30 del Código Civil (Veléz) definía a la persona como entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones.
  - entes: ser que tiene existencia real o imaginaria
  - el artículo 32 define de forma negativa a las personas jurídicas: son todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, que NO SON personas de existencia visible, son de existencia ideal, o persona jurídica.
- **DERECHOS SUBJETIVOS:** es la potestad de reclamarle al derecho objetivo el cumplimiento de algún derecho

## ● Realismo Conductista:

encuentra la realidad del derecho en las acciones de los tribunales

- Holmes:
  - define al estudio del derecho como el estudio de las predicciones de la conducta de los tribunales. Es decir, a la hora de cometer un acto antijurídico se hipotetiza sobre cuál sería el fallo de un tribunal hipotético.
    - kelsen y Olivecrona se posicionan en contra, porque dicen que los jueces no pueden usar ese criterio para fallar
  - Holmes se paraba en el lugar de abogado y Kelsen y Olivecrona, desde el lugar de juez.
  - Holmes dice que hay que ver el derecho desde los ojos de un hombre malo, que busca sacarle provecho al orden jurídico. Mientras que Kelsen lo vuelve a criticar, porque dice que al hombre bueno, también le interesa el derecho.
- Cardozo:

- También se sitúa en el lugar de juez, pero busca un punto intermedio
- dice que la verdad yace en el medio de ambos extremos.
- Cardozo declara que el juez debe apoyarse en las fuentes del derecho para fallar, si no puede, en sus principios, si no tiene NADA, debe generar su propia jurisprudencia, volviéndose un *legislador*.
- Frank y Cohen:
  - establecen que es un cuerpo de normas por el cual los tribunales deciden cosas, pero no ponen la atención en las normas escritas, si no en su impacto en la vida social con su aplicación y efecto
  - Plantean que los jueces fallan por las condiciones en las que se desarrollaron, no es lo mismo un juez de trabajo que fue criado por padres empleados, que ser un juez de trabajo criado por empresarios
  - A partir de sus creencias e ideologías, elige con que fundamentar su sentencia.

## ● Realismo Escandinavo:

### ● Hägerström, Olivecrona, Lundstedt

Considera el derecho como una creencia compartida. El realismo escandinavo creía que ser libre era pertenecer a uno mismo, para eso son necesarios los límites, que nos impone el orden normativo, para que podamos desarrollarnos. Sin el derecho, nunca podríamos ser lo que quisiéramos ser.

Se lo llama también *Realismo Psicológico*, ya que la aceptación colectiva de una norma es la que la vuelve vigente, por lo tanto, tiene como consecuencia su aplicación. Para conseguir su vigencia, se debe investigar si dicha comunidad acepta dicha norma. (Hägerström).

Si Dios está detrás de las normas morales, el Estado está por detrás de las normas jurídicas, y estas son ideas imaginarias a ser cumplidas en situaciones imaginarias (Olivecrona).

Los juicios de justicia son juicios de valor y esta determinado por los sentimientos individuales (Lundstedt).

## ● Hermenéutica:

Es una corriente del conocimiento general del siglo XIX que se postula en contra del positivismo. Que quiere decir: interpretación o comprensión.

- **Aristóteles:** hace referencia a la función descriptiva del lenguaje y utiliza la teoría por correspondencia. Dice que si la descripción del

objeto coincide con él, estamos frente a una verdad que supone ser objetiva. Si hay correspondencia, hay verdad.

- **Dilthey:** pone la atención en la comprensión, y que la única verdad es la vivencia personal, para entender al otro, hay que comprender su vivencia. Relaciona esto con la empatía, que es la capacidad de un sujeto de comprender las dimensiones subjetivas de otro sujeto.
- **Weber:** contradice a Dilthey y propone que se puede comprender al otro desde fuera.

Weber pone la atención en la acción y no en los hechos, y plantea tipos ideales:

- **Método:** donde se construye un modelo ideal, donde se desarrolla un hombre ideal.
- **Tipo Ideal:** sirve para generar hipótesis interpretativas, de la conducta del hombre.

Cuando Weber habla de comprensión, habla de la capacidad del investigador de reconstruir los motivos que tuvo el individuo para actuar. Porque, sin motivo, no hay acción. A esto se le llama, Conducta Reactiva, no es una acción. Comprender es reconstruir el motivo que tuvo el individuo para actuar.

Weber, destruye al positivismo diciendo que, incluso las ciencias duras son interpretación, porque incluso quien realice la cuenta de que  $2+2=4$ , está interpretando que esa es la respuesta.

- **Schutz (Weberiano):** creía que los procesos de socialización, habían vuelto al individuo un individuo social. En la medida que nos volvemos sujetos sociales, nos volvemos más semejantes a los demás. Cada uno de nosotros tiene su propia vivencia, y el conjunto de estas, forman la sociedad.
- **Nietzsche:** sostiene que desde el origen del hombre este tiene tres impulsos: reír, deplorar y detestar, estos viven en lucha constante y es esto lo que nos causa angustia. Porque estos impulsos nos llevan puesto y nos controlan, pero para nosotros poder controlarlos, debemos nombrarlos y explicarlos, porque así van desapareciendo. Este control es de *poder* y *conocimiento*.

El problema con esto, es que ponerle nombre a las cosas es acto de conocimiento y no de poder. El conocimiento y la verdad, son consecuencias del poder. Otro problema es que, la palabra nombra algo y a su vez miles de cosas, tiende a generalizarse, cuando ocurren de forma distinta.

Nietzsche, básicamente cree que la experiencia particular es la única verdad.

- **Kierkegaard:** Contradice a Nietzsche, porque trata de explicar vivencias que uno atraviesa, pero dice que estas no se pueden explicar, por lo tanto, la palabra pierde sentido. Esta represión causa que el hombre viva en eterna angustia. La única verdad es la particularidad,

pero esta es intransmisible. La verdad es una palabra general que no puede explicar la realidad particular, por lo tanto decir la verdad, equivale a mentir.

- **Hume:** Dice que desde que nacemos tenemos impresiones, estas se presentan a lo largo de la vida. La única verdad es la experiencia personal, que viene de impresiones anteriores. La primera impresión de algo, nos genera una vivencia particular y cada vez que volvemos a tener esa experiencia, revivimos las impresiones anteriores, sin que generen lo mismo. Esto se llama *memoria* y según Hume, *sin memoria no hay identidad*.
- **Teoría de los Signos:** Todos los días construimos sentidos que son soportes materiales que significan algo. La semiología, entiende que todos los signos son interpretados de forma distintas por los distintos individuos. Es por eso, que entre sentido y significado, hay una gran diferencia, esta se explica a través de 3 relaciones
  - Pragmática: que es la relación entre personas y tiene un uso práctico
  - Semántica: relación entre palabras y contenido
  - Sintáctica: que es la relación entre palabras
  - Sentido: es la diferencia entre el signo y el significado
  - Signo: es todo objeto material que tiene significado.

Tanto el hecho como el objeto, remiten a la objetividad y el sentido es el área de interpretación donde cada signo es aceptado. EL hecho es la parte interna de nuestra vivencia, por lo tanto, el hecho no es real. Solo existen las interpretaciones
- **Hegel:** estableció dos conceptos
  - Contradicción: cada cosa es lo que es y lo que no es, pero que están relacionadas. esto es lo que genera la contradicción
  - Dialéctica: es el producto de algo contradictorio con algo superior.

Todas las cosas comparten negatividades de las demás cosas, esto genera relaciones a través de las negatividades. El conjunto de relaciones transforma las negatividades en algo positivo, esto produce la *dialéctica*. Cuando algo no tiene contradicción, es porque ya las ha superado, se denomina *Estado*.

## ● Foucault:

### ○ Contexto:

Fue un filósofo francés que vivió en el período de entreguerras, el durante y post Segunda Guerra Mundial.

○ **Objetivo:**

desestimar las creencias instaladas en los años pasados.

○ **¿Cómo resuelve?:**

■ **Primera Conferencia:**

Establece que las verdades están en las relaciones de poder, el derecho, por ejemplo, es una relación de poder. Para explicar esto, utiliza el concepto de *sujeto de conocimiento* y presenta como crítica, al *sujeto histórico*.

- *Sujeto de Conocimiento*: Es el sujeto que siempre que piensa algo, un objeto, este es igual. Por lo tanto la comprensión de todos sobre el objeto va a ser la misma. El problema es que Foucault, propone una relación entre el sujeto y el objeto, que establece que no hay sujeto que no piense un objeto, y no hay objeto que sea pensado por algún sujeto. Esto lo relaciona con Platón y su idea, de que los objetos son inherentes al ser humano, siendo immaculados y perfectos, pero la interpretación que tenemos de ellas en el mundo material, es de algo imperfecto.
- *Sujeto Histórico*: es por esto que Foucault, lo propone como una crítica al sujeto de conocimiento. Ya que, si el derecho es una relación de poder y la justicia está relacionada con él, hay que entender las relaciones que la describen y en el contexto en el que se encuentra. Es decir, que la verdad está en las relaciones de poder, que dependen del contexto. Es por eso que hablamos de sujeto histórico, que sirve para explicar las relaciones de poder del hombre.

■ **Segunda Conferencia:**

Todo lo que hace la verdad jurídica está fundamentada. Para demostrar esto Foucault, utiliza dos ejemplos

- *Antiloco y Menelao*: que consiste en una carrera de sortijas entre los dos, y como testigo a Zeus, se entiende que al nombrar a Zeus hay una verdad, porque hay una clara relación de poder.
- *Edipo*: Foucault, trata de desestimar la teoría de Freud, sobre que todos buscamos una pareja que cumpla las características de nuestra madre. Porque dice que el mito es demasiado antiguo como para sacar esa conclusión. Busca analizar el mito desde otra perspectiva:

Para analizarlo, primero comprende tres narrativas que se complementan entre sí y sin una no existe la otra:

1. Divinidades: Apolo (Dios) y Tiresias (Adivinador)
2. Yocasta y Edipo: que complementan el relato sobre la muerte del padre de Edipo.
3. Pastor y Campesino: que son el eslabón más bajo, pero sin su conexión, no habría historia

Si analizamos su nombre en griego, entendemos que Oidpous, quiere decir hinchar pies, lo cual tiene sentido, porque sus padres adoptivos le habían puesto así por sus pies hinchados. Sin embargo, Foucault, propone otro análisis que es “Edipo el Tirano”, para comprenderlo, debemos desechar nuestra concepción de que el tirano es el que gobierna en propio beneficio y comprender que, el tirano también es:

- El que llega al poder desde los eslabones más bajos de la sociedad o desde fuera.
- porque el pueblo lo exige
- se puede manejar por fuera de la ley, porque el pueblo confía que si lo hace, es porque es necesario.

El título del mito, sirve para entender la relación entre poder y el conocimiento