

RODOLFO LUIS VIGO

Perspectivas filosóficas Contemporáneas

Ross - Hart - Bobbio - Dworkin
Villey - Alexy - Finnis - Ferrajoli
Neoconstitucionalismos

Tercera edición

ABELEDOPERROT



ÍNDICE GENERAL

Prólogo a la tercera edición	XXIII
Prólogo a la segunda edición	XXV
Prólogo a la primera edición	XXVII

EL EMPÍRISMO JURÍDICO DE AIF-ROSS (1899 - 1979)

1. Introducción	1
2. Cuestión de nombres: realismo, iuspositivismo o empirismo	1
3. Influencias en la obra de Ross	8
4. La filosofía del derecho o problemas iusfilosóficos	11
5. "El problema del concepto o naturaleza del derecho"	13
5.1. Definición del derecho	14
5.1'. Consideraciones críticas	17
5.1'.1. La inevitable filosofía	17
5.1'.2. La necesidad de la ontología jurídica	18
5.1'.3. Un camino no totalmente justificado	19
5.1'.4. Una teoría coactivista	19
5.2. La vigencia jurídica	20
5.2'. Consideraciones críticas	24
5.2'.1. ¿Realismo sicologista?	24
5.2'.2. Reducción de los fenómenos jurídicos	25
5.2'.3. Circularidad del juridicismo	25
5.2'.4. Solapada metafísica	26
5.2'.5. Visión poco "realista" acerca de los jueces	26
5.2'.6. Análisis simplificado de los hechos	27
5.3. Las normas jurídicas	27
5.3'. Consideraciones críticas	31
5.3'.1. Evolución en el pensamiento de Ross	32

5.3'.2. Reduccionismo en los destinatarios normativos	32
5.3'.3. La fuerza como contenido normativo.....	33
5.3'.4. El normativismo rossiano.....	33
5.3'.5. La incapacidad del orden jurídico positivo para generar su propio fundamento	33
5.4. Las fuentes del derecho	34
5.4' Consideraciones críticas	37
5.4'.1. Lo irracional en la racionalidad científica.....	37
5.4'.2. Ingenuidad y uniformidad estática en lo judicial	38
5.4'.3. Una vez más el judicialismo.....	38
5.4'.4. Circularidad en el análisis de la costumbre jurídica.....	38
5.4'.5. El riesgo de antipositivismo con "la tradición de cultura".....	38
6. "El problema del propósito o idea del derecho"	39
6.1. El propósito o idea del derecho admitida por Ross.....	40
6.1.1. La paz como propósito del derecho.....	40
6.1.2. La idea de justicia.....	41
6.1.3. La aceptación o consenso del derecho	42
6.2. Consideraciones críticas	42
6.2.1. La estrechez y no actualidad de la concepción de racionalidad.....	42
6.2.2. Debilidades del emotivismo.....	43
6.2.3. Proyección material de la idea de igualdad y de la paz.....	43
6.2.4. La importancia de la "conciencia jurídica material o moral".....	44
6.2.5. ¿El escepticismo ético es presupuesto de la democracia?.....	44
6.2.6. Las peculiaridades de los distintos iusnaturalismos	44
7. "El problema de la interacción del derecho y la sociedad".....	45
8. Ciencia del derecho y sociología jurídica	45
8.1. Ciencia del derecho	46
8.2. Sociología jurídica.....	47
8.3. Principio de verificación	47
8.4. Consideraciones críticas	51
8.4.1. Inciertos límites de la ciencia jurídica	51
8.4.2. Dimensión prescriptiva de la teoría rossiana.....	52
8.4.3. Noción restringida de ciencia.....	53
8.4.4. Los escasos aportes de la ciencia jurídica rossiana.....	53
8.4.5. Una filosofía de la ciencia no actualizada.....	53
8.4.6. Confusión entre el ser y el conocer.....	54

VINCULACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

EN: H. L. A. HART

1. Advertencia inicial.....	55
2. Diferencias y coincidencias formales.....	56
2.1. Diferencias	56
2.1.1. Importancia atribuida a la observancia y transgresión.....	56
2.1.2. Inmunidad al cambio deliberado	57
2.1.3. Carácter voluntario de las transgresiones morales	57
2.1.4. La forma de presión social	57
2.2. Semejanzas.....	58
2.2.1. Obligatoriedad no consensual	58
2.2.2. Presión social	58
2.2.3. Cumplimiento no digno de encomio.....	58
2.2.4. Rigen conductas habituales	58
3. Coincidencias sustanciales	58
3.1. Verdades elementales acerca de los seres humanos	61
3.1.1. Vulnerabilidad humana.....	61
3.1.2. Igualdad aproximada	61
3.1.3. Altruismo limitado.....	62
3.1.4. Recursos limitados.....	62
3.1.5. Comprensión y fuerza de voluntad limitadas.....	63
3.2. Consideraciones críticas sobre las cinco verdades obvias.....	63
3.2.1. Reiteraciones.....	63
3.2.2. ¿Otras verdades obvias?.....	64
3.3. Significación del "contenido mínimo" de derecho natural	64
3.3.1. Filosóficamente.....	64
3.3.2. Éticamente.....	64
3.3.3. Normativamente	65
3.3.4. Fácticamente	66
3.3.5. Rechazo del positivismo.....	66
4. Principios de legalidad y de justicia	67
5. El derecho natural igual de todos los hombres a ser libres	68
5.1. Los derechos especiales	69
5.1.1. Promesas	69
5.1.2. Renuncia	69
5.1.3. Reciprocidad de restricciones	69
5.1.4. Relación natural especial.....	70
5.1.5. Justificación en los derechos especiales.....	70

5.2. Los derechos generales.....	70
5.2.1. Coincidencias y diferencias entre derechos generales y especiales.....	70
5.2.2. Los derechos generales y los especiales como concreción del derecho igual a ser libres.....	71
5.3. Valoración.....	71
6. Paternalismo jurídico.....	72
7. Coincidencias fácticas entre derecho y moral.....	74
7.1. Criterios morales para la validez jurídica.....	74
7.2. Interpretación razonable.....	74
7.3. Cierta ajuste del derecho a la moral social convencional.....	75
8. El sistema jurídico y las normas aisladas en el proclamado positivismo de Hart.....	75
8.1. Positivismo ideológico.....	77
8.2. Positivismo teórico.....	77
8.3. Positivismo metodológico.....	77
9. Argumentos de Hart en favor de su positivismo normativo.....	80
9.1. Los argumentos.....	81
9.1.1. Confusión científica.....	81
9.1.2. Capacidad crítica del derecho.....	81
9.1.3. Simplificación de las cuestiones morales.....	82
9.1.4. Consecuencias políticas.....	82
9.2. Respuesta a tales argumentos.....	82
9.2.1. ¿Confusión científica?.....	82
9.2.2. Preservación de la capacidad crítica respecto al derecho.....	83
9.2.3. ¿Simplificación de las cuestiones morales?.....	84
9.2.4. Riesgo de la anarquía.....	85
9.3. Otras consideraciones acerca del iusnaturalismo hartiano.....	86
9.3.1. La "versión simple".....	86
9.3.2. La "supervivencia".....	86
9.3.3. La experiencia en el discurso filosófico.....	87
9.3.4. Lo mutable en el derecho natural.....	87
9.3.5. Superación del "juridicismo".....	88
10. Conclusión.....	88

LA TEORÍA FUNCIONAL DEL DERECHO EN NORBERTO BOBBIO	
1. La crisis del positivismo jurídico en Italia.....	91
2. "Dalla struttura alla funzione".....	93
3. Problemas sugeridos por el análisis funcional.....	97
3.1. ¿Qué significa función?.....	98
3.2. ¿Función es igual a fin?.....	98
3.3. ¿Fin dentro o comprometido axiológicamente?.....	99
3.4. Racionalidad del fin.....	99
3.5. Objetivismo o subjetivismo teleológico.....	100
3.6. Fin formal o sustancial.....	100
3.7. Fines inmediatos o últimos.....	101
3.8. ¿Uno o varios fines últimos?.....	101
3.9. Relativismo o no-relativismo teleológico.....	102
3.10. ¿Cuál fin?.....	102
3.11. ¿En qué sentido "derecho"?.....	102
3.12. Consideración final.....	103
4. Comprobaciones o resultados obtenidos en el análisis funcional del derecho.....	103
4.1. En cuanto al modo en que el derecho controla los comportamientos (función protectora-represiva y función promocional).....	103
4.2. En cuanto disciplina el derecho el uso de la fuerza (función indicadora de cuándo, cómo, cuánto y quién ejerce el poder coactivo).....	104
4.3. En cuanto a la conformación de la sociedad por el derecho (función modeladora autosuficiente o función debilitada).....	105
4.4. En cuanto a la oportunidad en que actúa el ordenamiento jurídico (función represiva y función preventiva).....	105
4.5. En cuanto el cumplimiento de los fines previstos (función positiva, función negativa y disfunción).....	106
4.6. El derecho en cuanto a los fines particulares y a los comunitarios (función privatista y función comunitaria).....	106
4.7. Función de control y de dirección social del derecho.....	107
4.8. Función aseguradora y función distributiva.....	107
5. Análisis estructural y/o análisis funcional. Una definición del derecho... ..	108
6. Consecuencias derivadas del análisis funcional.....	114
6.1. Superación del juridicismo.....	114
6.2. Insuficiencia del formalismo jurídico.....	115
6.3. Cuestionamiento del normativismo kelseniano.....	115

6.4. Una concepción coactivista menos rígida	117
6.5. Superación de cierto positivismo jurídico	117
6.6. Posibilidades científicas	118
6.7. Proyección en la filosofía jurídica	120
6.8. Confrontación ideológica	121
7. Conclusión	122

EL ANTI-POSITIVISMO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN

1. Un concepto de derecho	125
1.1. Normas y principios	127
1.1.1. En cuanto al origen	127
1.1.2. En cuanto a la derogación	128
1.1.3. En cuanto a su identificación	128
1.1.4. En cuanto al contenido	128
1.1.5. En cuanto a su aplicación	128
1.1.6. En cuanto al modo de resolver las contradicciones	128
1.1.7. En cuanto a las excepciones	129
1.1.8. En cuanto a los destinatarios	129
1.1.9. En cuanto a la tarea que exigen del jurista	129
1.2. La teoría de adjudicación	129
1.2.1. Doctrina de la responsabilidad política	130
1.2.2. El juez Hércules	131
1.2.3. El holismo y el modelo constructivista de Rawls	132
1.2.4. La respuesta correcta	134
1.2.5. Los derechos preexistentes	136
1.2.6. La discreción judicial	138
1.2.6.1. Argumento lingüístico	139
1.2.6.2. Argumento democrático	139
1.2.6.3. Argumento de justicia	140
1.2.6.4. Argumento positivista	140
1.2.6.5. Consideración general de la polémica sobre discrecionalidad	140
2. El anti-positivismo jurídico de Dworkin	141
2.1. El anti-positivismo ideológico	141
2.2. El anti-positivismo teórico	142
2.3. El anti-positivismo metodológico o conceptual	142

2.3.1. La reflexión jurídica dentro de la moral y la política	143
2.3.2. La dimensión filosófica en el conocimiento jurídico	144
2.3.3. Los derechos naturales	144
2.3.4. Los principios jurídicos	145
2.3.5. Lo descriptivo y lo prescriptivo	146
2.4. ¿Es incoherente o ineficaz la ofensiva anti-positivista dworkiniana?	147
2.4.1. ¿Derecho moral a la aplicación de principios inicuos?	147
2.4.2. Noción de derecho descriptiva o normativa	150
2.4.3. Iusnaturalismo y la identificación entre derecho y moral	152
2.4.4. Compatibilidad de la <i>right thesis</i> con un positivismo reformulado	154
2.4.5. El iusnaturalismo dworkiniano	155
3. Conclusión	157

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE MICHEL VILLEY

1. Propósito	159
2. Algunas características generales de la obra villeyana	159
2.1. ¿Historiador o filósofo?	159
2.2. El estilo literario	160
2.3. ¿Aristotélico o tomista?	161
2.4. ¿Regresión de la filosofía?	161
3. La filosofía y la filosofía jurídica	162
3.1. Consideraciones críticas	168
3.1.1. La teoriedad del saber jurídico	168
3.1.2. Desconocimiento del estatuto científico en el saber jurídico	170
3.1.3. La noción de filosofía y filosofía jurídica	171
4. La definición del derecho	173
4.1. Concepciones equivocadas del derecho	177
4.1.1. El moralismo jurídico	177
4.1.2. El individualismo jurídico	178
4.1.3. El colectivismo jurídico	178
4.1.4. El tecnicismo jurídico	179
4.2. Consideraciones críticas	180
4.2.1. La definición postulada	180
4.2.2. La justicia	183
4.2.3. Los analogados olvidados	185
5. La metodología jurídica	188

5.1. La lógica-jurídica.....	189
5.1.1. 'La lógica jurídica moderna científica'.....	189
5.1.2. Los antilogicimos.....	190
5.1.3. La escuela de Bruselas.....	191
5.1.4. La dialéctica.....	191
5.1.5. Consideraciones críticas.....	194
5.2. Las fuentes del derecho.....	196
5.2.1. Teoría de las fuentes ideales.....	197
5.2.2. Teorías de las fuentes factuales.....	200
5.2.3. La naturaleza como fuente del derecho.....	201
5.2.4. Teoría del derecho positivo.....	205
5.2.5. Consideraciones críticas.....	210
5.2.5.1. La ley natural.....	210
5.2.5.2. La noción de naturaleza.....	213
5.2.5.3. Mutabilidad e historicidad del derecho natural... ..	215
5.2.5.4. Derecho positivo.....	218
5.3. El lenguaje jurídico.....	222
5.3.1. Consideraciones críticas.....	224
6. Conclusión.....	225

**LA TEORÍA JURÍDICA DISCURSIVA NO POSITIVISTA
DE ROBERT ALEXY**

1. La opción no-positivista (<i>Nichtpositivismus</i>).....	228
2. De la pretensión de corrección (<i>Anspruch auf Richtigkeit</i>) a la teoría del discurso (<i>Diskurstheorie</i>).....	229
3. De las debilidades de la teoría del discurso al derecho.....	232
4. El derecho como sistema jurídico del Estado democrático constitucional.....	234
5. Un sistema jurídico de tres niveles (reglas-principios-procedimiento).....	237
6. El sistema jurídico como un sistema de procedimientos (y el Constitucionalismo moderado).....	240
7. La teoría de la argumentación jurídica (<i>Theorie der juristischen Argumentation</i>).....	242
8. El derecho y la moral.....	245
8.1. La pretensión de corrección.....	245
8.2. El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general (<i>Sonderfallthese</i>).....	247

8.3. El argumento de la injusticia (<i>Ungerechtigkeitsargument</i>).....	251
8.4. El argumento de los principios (<i>Prinzipienargument</i>).....	254
8.5. La validez del derecho.....	256
9. Balance conclusivo.....	260
9.1. El dubitativo fundamento y marco filosófico de la teoría discursiva... ..	260
9.2. El esfuerzo por superar la irracionalidad en la moral.....	262
9.3. ¿Una confianza exagerada en la razón discursiva?.....	264
9.4. La filiación no positivista.....	265
9.5. ¿Solo moral procedimental?.....	267
9.6. La racionalidad práctica alexyana.....	269
9.7. ¿El derecho absorbe la moral?.....	272
9.8. Los diferentes tipos de discursos jurídicos.....	273
9.9. La diferencia entre creación jurídica y aplicación.....	274
9.10. El universalismo de la teoría discursiva (etnocentrismo).....	276
9.11. Lo político y la intencionalidad "política" en la teoría alexyana (la ideología democrática).....	278

LA TEORÍA JURÍDICA DE JOHN FINNIS

1. La gnoseología finnisiana.....	281
1.1. La teoría jurídica como parte inescindible de la extendida filosofía práctica.....	281
1.2. Conocimiento por evidencia.....	282
1.3. Prevención de riesgo de falacia.....	283
1.4. El recurso a la analogía.....	284
1.5. El punto de vista del <i>spoudaios</i> o <i>phronimos</i>	285
1.6. Rechazo de la separación entre descripción y valoración.....	286
1.7. No incurre en teologismo.....	286
2. Los presupuestos necesarios de la teoría jurídica.....	287
2.1. El presupuesto pre-moral o axiológico radical (los bienes humanos básicos).....	287
2.2. Presupuesto metodológico: las exigencias de la razonabilidad práctica.....	290
2.3. Presupuestos socio-políticos (comunidad y autoridad).....	293
3. La definición del derecho.....	295
3.1. Las características formales del orden jurídico.....	295
3.2. El imperio del derecho.....	296
3.3. La definición focal del derecho.....	296

3.4. Consideraciones particulares sobre la definición focal.....	297
3.4.1. El camino recorrido hasta la definición focal.....	297
3.4.2. La diversidad de elementos.....	298
3.4.3. Importancia de lo específicamente técnico-jurídico.....	298
3.4.4. La ausencia de la referencia explícita al derecho natural ..	298
3.4.5. ¿Las conductas justas?.....	299
3.4.6. Carácter focal de la definición.....	299
3.5. Consideraciones particulares sobre la definición focal.....	300
3.5.1. ¿Solo reglas producidas? (¿Los principios jurídicos?)	300
3.5.2. El contenido axiológico de la definición de derecho.....	303
3.5.2.1. El bien común.....	304
3.5.2.2. La justicia.....	305
3.5.2.3. Derechos humanos.....	306
3.5.2.4. Las leyes injustas.....	308
4. Balance conclusivo.....	310

**PREGUNTAS Y CRÍTICAS AL IUSPOSITIVISMO-CRÍTICO
DE JORGE FERRAJOLI (I)**

1. Advertencias iniciales.....	317
2. ¿La denominación de la teoría?.....	318
3. El escepticismo en torno a la razón práctica axiológica.....	318
4. El iuspositivismo ideológico constitucional.....	319
5. Una definición formal de los derechos fundamentales.....	321
6. El normativismo.....	322
7. Una moral individualista y voluntarista.....	323
8. Una antropología pesimista y un optimismo jurídico.....	324
9. Un juez demasiado decimonónico.....	325
10. ¿Es posible una deontología judicial?.....	326
11. El modelo integrado de ciencia jurídica y los "conceptos blindados".....	327
12. Visión jerárquica, clásica y rígida en materia de fuentes del derecho.....	328
13. La ausencia de una teoría de la argumentación.....	330
14. El rey Midas.....	331
15. El sometimiento de la democracia y la política al derecho.....	333
16. ¿Derecho a la objeción de conciencia?.....	335
17. ¿Bienes comunes y derechos colectivos?.....	336
18. Conclusión.....	338

LOS NEOCONSTITUCIONALISMOS: CUATRO VERSIONES

1. Propósito.....	341
2. El rótulo "neoconstitucionalista".....	341
3. Las variantes neoconstitucionalistas.....	344
3.1. Fuentes filosóficas.....	345
3.2. ¿Positivismo o no-positivismo?.....	349
3.3. ¿Los principios jurídicos?.....	352
3.4. ¿Razón práctica?.....	354
3.5. ¿Argumentación?.....	356
3.6. ¿Derechos humanos?.....	358
3.7. ¿Los saberes jurídicos?.....	360
3.8. ¿La función judicial?.....	362
3.9. ¿Sistema jurídico?.....	365
3.10. ¿Juridicismo?.....	368
3.11. ¿Validez jurídica?.....	372
3.12. ¿Objeción de conciencia?.....	375
3.13. ¿Ética judicial?.....	378
3.14. ¿Política y Democracia?.....	381
4. Conclusión.....	386