

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	IX
--------------	----

CAPÍTULO I

IUSNATURALISMO VS. IUSPOSITIVISMO (UN ALEGATO IUSNATURALISTA)

I. Actualidad y caracterización del iuspositivismo	3
II. Caracterización del iusnaturalismo (o del “no-positivismo” jurídico) ..	6
III. La alternativa contradictoria: iusnaturalismo o iuspositivismo	9
IV. Precisiones sobre el iusnaturalismo realista clásico o aristotélico-tomista	10
1. La definición del derecho	12
2. La analogía en el derecho	13
3. La admisión del derecho injusto	15
4. La juridicidad natural o indisponible	17
5. El derecho positivo.....	19
6. El fundamento y conocimiento de la juridicidad natural.....	21
7. El saber jurídico como saber práctico	23
8. Los distintos tipos de saberes jurídicos	25
V. Objeciones principales al iusnaturalismo clásico	27
1. Dudosa convicción democrática	27
2. La filiación católica.....	29
3. El antisistematicismo	30
4. El riesgo de falacia	32
5. El debilitamiento de la norma y la seguridad jurídica	34
6. Ahistoricidad o inmovilismo jurídico.....	35
7. La falta de rigor científico	37
VI. Ventajas teóricas y prácticas del iusnaturalismo actual	39
1. El humanismo del derecho	39
2. El respaldo en la realidad jurídica.....	41
3. La “no insularidad del derecho”	43
4. La riqueza epistemológica	45

CAPÍTULO II

**“LA LEY NATURAL Y LA CIUDAD”
(CAPÍTULO IV DEL DOCUMENTO DE LA COMISIÓN
TEOLÓGICA INTERNACIONAL TITULADO “EN BUSCA
DE UNA ÉTICA UNIVERSAL: NUEVA MIRADA SOBRE LA LEY
NATURAL” DEL AÑO 2009**

I.	Introducción.....	49
II.	El bien común.....	50
	1. La persona humana y la vida social.....	50
	2. El principio de finalidad.....	52
	3. Bien común y bien individual.....	54
	4. Contenido del bien común político.....	57
III.	Ley natural.....	62
	1. La ley natural.....	62
	2. La nueva escuela anglosajona del derecho natural.....	65
IV.	Moral y derecho natural o justo natural.....	67
	1. El derecho.....	67
	2. Lo natural del derecho.....	71
	3. Derechos humanos.....	75
V.	El derecho positivo. Su relación con el derecho natural.....	79
	1. La necesidad del derecho positivo.....	79
	2. La prudencia jurídica.....	81
	3. La justicia e injusticia del derecho positivo.....	84
VI.	Orden político y orden escatológico o religioso.....	88

CAPÍTULO III

**LA INTERPRETACIÓN O ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA COMO SABER JURÍDICO
PRUDENCIAL-RETÓRICO**

I.	El saber prudencial.....	95
II.	La dimensión retórica.....	97
III.	Conclusión.....	102
IV.	Fuentes bibliográficas.....	102

CAPÍTULO IV

**ASPECTOS POLÉMICOS EN LA OBRA
DE MICHEL VILLEY**

I.	Actitud “cronofóbica”.....	106
II.	El saber jurídico como saber teórico.....	107
III.	Desconocimiento del estatuto científico en el saber jurídico.....	109

IV. La significación de la cuestión metodológica	110
V. La definición del derecho	112
VI. Los analogados olvidados	114
VII. La justicia	117
VIII. Derecho natural	118
IX. Historicidad y mutabilidad del derecho natural	121
X. Derecho positivo	124
XI. Razón y voluntad en el derecho	127
XII. Conclusión	129

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES SOBRE LA VISIÓN
DE JOHN FINNIS ACERCA DE LA TESIS
“LA LEY INJUSTA NO ES LEY”

I. Coincidencias con tesis finnisianas	134
1. Derecho y razón	134
2. La importancia de la “determinación”	135
3. La ley injusta es ley en sentido secundario o debilitado.	136
4. La ley injusta como materia para los juristas	137
5. La mejor descripción incluye valoración	137
6. La dimensión internacional de la justicia	137
II. Observaciones críticas	138
1. Importancia de la tesis	138
2. La ampliación de los tipos de injusticia de ley	140
3. Grados de la injusticia	141
4. La importancia del concepto de validez	142
5. La obligación jurídica en sentido intrasistemático y en sentido moral	144
6. El derecho a la objeción de conciencia	146
7. La importancia de la prudencia	147
8. La equidad	149
III. Actualidad de la tesis	150
IV. Conclusión	153

CAPÍTULO VI

EL IUSNATURALISMO CLÁSICO FRENTE
A LAS TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN
Y DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. Plano regulatorio	156
II. Plano fáctico	158
III. Plano lingüístico	160

IV. Plano lógico	161
V. Plano axiológico.	164
VI. De la interpretación a la argumentación	167

CAPÍTULO VII

ESTUDIO INTRODUCTORIO A LA “FILOSOFÍA DEL DERECHO” DE FRANCESCO D’AGOSTINO

I. Las fuentes de la filosofía jurídica D’Agostiniana.	173
II. El derecho	174
III. La justicia.	175
IV. El derecho natural.	176
V. El derecho positivo (la sanción)	177
VI. Derecho y moral (pluralismo y relativismo)	178
VII. Derecho y política (Estado y bien común)	179
VIII. La persona y los derechos humanos.	180
IX. Filosofía y ciencias	182
X. La interpretación (el jurista)	182
XI. Balance.	184

CAPÍTULO VIII

“DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA) EN EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL (PROYECCIONES TEÓRICAS: IUSPOSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y REALISMO JURÍDICO CLÁSICO)”

I. Propósito	187
II. Del estado de derecho legal (EDL) al estado de derecho constitucional (EDC)	188
III. La moral como límite a la existencia del derecho	191
IV. La moral como constitutiva al derecho.	193
V. La razón práctica en la creación y aplicación del derecho	196
VI. El conocimiento práctico jurídico	198
VII. Las necesarias “impurezas” en el derecho	201
VIII. La validez jurídica como justificación y obligatoriedad	203
IX. La moral del operador jurídico.	207
X. La objeción moral o de conciencia frente al derecho	210
XI. Institucionalización de medios no coercitivos para la eficacia del derecho	213
XII. La moral neoconstitucionalista y la realista clásica	216
1. Ausencia de una concepción antropológica, ontológica o esencialista	219
2. El olvido de la metafísica y una gnoseología referida al ser.	221
XIII. Conclusión	222

CAPÍTULO IX

NEOCONSTITUCIONALISMO
Y REALISMO JURÍDICO CLÁSICO COMO
TEORÍAS NO-POSITIVISTAS
(COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS)

I. Propósito	225
II. El neoconstitucionalismo	225
III. Tesis particulares de autores neoconstitucionalistas	227
IV. El no-positivismo	230
V. Paradoja y diferencias entre neoconstitucionalistas e iusnaturalistas clásicos	233
1. Ausencia de una concepción antropológica, ontológica o esencialista	233
2. El olvido de la metafísica y una gnoseología referida al ser.	235
VI. Conclusión	236

CAPÍTULO X

“IUSNATURALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO:
COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS”

I. Precisiones iniciales (¿qué iusnaturalismo y qué neoconstitucionalismo?)	239
II. Coincidencias	241
1. No cualquier contenido es derecho	241
2. Rehabilitación de la razón práctica	243
3. Un derecho con principios	244
4. Argumentación	245
5. Diversidad gnoseológica	246
6. La importancia de los casos	248
7. Sistemas jurídicos débiles	249
8. Judicialización	250
9. Crisis de las soberanías nacionales	251
10. Diversidad y ampliación de las fuentes del derecho	252
11. Desobediencia y objeción de conciencia: leemos en Alexy	253
12. Ética del juzgador	255
13. No juridicismo	256
III. Diferencias	257
1. Antropología	257
2. La gnoseología	259
3. El concepto de derecho	261
4. Fundamentos de la moral	263
5. Prudencia y retórica	266
6. Bien común y libertad individual	269
IV. Conclusión	272

CAPÍTULO XI
LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y SU IMPACTO
EN LA TEORÍA ACTUAL

I. La quiebra de la teoría jurídica decimonónica.....	275
II. Principios jurídicos fuertes y débiles.....	278
III. Anti-iuspositivismo.....	280
IV. Cognoscitivismo ético.....	284
V. Saber jurídico como saber práctico.....	285
VI. Incompatibilidad con los juridicismos.....	287
VII. Renovación de la teoría de las fuentes del derecho.....	290
VIII. Revalorización de la filosofía jurídica.....	292
IX. Importancia de la teoría de la interpretación.....	294
X. Debilitamiento de las normas y del sistema. Seguridad en tensión con la justicia.....	296
XI. Conclusión.....	299

CAPÍTULO XII
LA TEORÍA DISCURSIVA DIALÓGICA
DE ROBERT ALEXY
Y SU CONFRONTACIÓN CON EL REALISMO
JURÍDICO CLÁSICO

I. Concepción de la filosofía del derecho alexyana.....	302
II. Conceptos del derecho (positivismo o no-positivismo).....	302
III. Un concepto del derecho no positivista.....	303
IV. Réplica a las objeciones por la Formula de Radbruch.....	304
V. La razón práctica discursiva Alexyana.....	305
VI. ¿La razón práctica alexyana solo procedimental?.....	306
VII. El derecho como institucionalización de la razón práctica discursiva.....	307
VIII. La teoría de la argumentación jurídica.....	308
IX. Los principios jurídicos.....	309
X. Ponderación y principio de proporcionalidad.....	309
XI. El estado constitucional democrático.....	310
XII. Los Derechos Humanos.....	311
XIII. El constitucionalismo moderado.....	312
XIV. Balance conclusivo.....	313
1. Aspectos positivos.....	313
2. Aspectos negativos.....	319

CAPÍTULO XIII

LA EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO JURÍDICO
DE ROBERT ALEXY

I. De los temas específicos al derecho como tal	325
II. El lado sustantivo de la racionalidad procedimental	326
III. De la corrección a la verdad	326
IV. La teoría de los principios y la fórmula de peso	326
V. ¿Analogía en la aplicación del derecho?	327
VI. Ampliación de la “tesis de corrección”	327
VII. Incorporación de la tesis del caso especial a todo el sistema jurídico.	327
VIII. Jurisdicción constitucional.	327
IX. Concepto del derecho no positivista.	328
X. La doble naturaleza del derecho.	328
XI. La “naturaleza” del derecho	328
XII. Metafísica de los Derechos Humanos	329
XIII. Conclusión	329

CAPÍTULO XIV

IMPLICANCIA DE LOS PRINCIPIOS
EN LA TEORÍA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN

I. Propósito del presente artículo	331
II. El enemigo: el positivismo o el derecho como sistema de reglas	332
III. Normas y principios: su distinción	335
IV. El núcleo de la diferencia entre normas y principios	338
V. La respuesta correcta & discrecionalismo.	345
VI. Los derechos preexistentes	348
VII. La razón jurídica como razón práctica	351
VIII. los principios y el sistema jurídico	354
IX. Conclusión	360

CAPÍTULO XV

LA TEORÍA FUNCIONAL DEL DERECHO
EN NORBERTO BOBBIO

I. La crisis del positivismo jurídico en Italia	363
II. “Dalla struttura alla funzione”	365
III. Problemas sugeridos por el análisis funcional	367
IV. Consecuencias derivadas del análisis funcional	367
V. Conclusión	369

CAPÍTULO XVI

¿NEOCONSTITUCIONALISMOS, POSTPOSITIVISMOS,
CONSTITUCIONALISMOS O
NEOIUSNATURALISTAS CONSTITUCIONALISTAS?

[371]

CAPÍTULO XVII

LA MATRIZ DE LA DECISIÓN JUDICIAL

I. Propósito	377
II. Propuestas paradigmáticas	377
1. Razón teórica	377
2. Razón instrumental o pragmática	378
3. Irracionalismo o voluntarismo	378
4. Razón teórica y voluntad (ferrajoli)	379
5. Razón práctica procedimental	379
6. Razón práctica sustancial (iusnaturalismo racionalista)	380
7. Fe (saber infuso)	380
8. Razón práctica procedimental y sustancial	381

CAPÍTULO XVIII

¿CUÁNDO UNA NORMA JURÍDICA ES VÁLIDA?

[383]

CAPÍTULO XIX

LA DEMOCRACIA:
¿CONJUGA MEJOR CON EL OBJETIVISMO
Y EL COGNITIVISMO MORAL
O CON EL ESCEPTICISMO Y EL RELATIVISMO
(KELSEN-FERRAJOLI VS. NINO-MORESO)?

[387]

CAPÍTULO XX

**BALANCE DE LA TEORÍA JURÍDICA
DISCURSIVA DE ROBERT ALEXY**

I. El dubitativo fundamento y marco filosófico de la teoría discursiva . . .	393
II. El esfuerzo por superar la irracionalidad en la moral	396
III. ¿Una confianza exagerada en la razón discursiva?	397
IV. La filiación no-positivista.	399
V. ¿Sólo moral procedimental?	401
VI. La racionalidad práctica Alexyana	403
VII. ¿El derecho absorbe la moral?	405
VIII. Los diferentes tipos de discursos jurídicos	407
IX. La diferencia entre creación jurídica y aplicación	408
X. El universalismo de la teoría discursiva (etnocentrismo)	410
XI. Lo político y la intencionalidad “política” en la teoría Alexyana (la ideología democrática)	412
XII. Conclusión.	414

CAPÍTULO XXI

¿DOS O TRES NEOCONSTITUCIONALISMOS?

I. Neoconstitucionalismos “descriptivos” y “normativos”	415
II. Dos neoconstitucionalismos: el positivista y el no-positivista	416
III. ¿Un tercer neoconstitucionalista iusnaturalista?	418
IV. Las diferencias entre los neoconstitucionalistas no-positivistas y los ius-naturalistas	420
V. Conclusión	421

CAPÍTULO XXII

**¿ES POSIBLE LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS?
(ALEXY, FINNIS, NINO VS. BOBBIO,
FERRAJOLI, BULYGIN)**

I. ¿Justificabilidad?	425
II. Respuestas afirmativas (Alexy, Finnis, Nino)	425
III. Respuestas negativas (Bobbio, Ferrajoli, Bulygin)	427
IV. Presupuestos y consecuencias de la justificación o fundamentación racional.	428

1. Es funcional a una inquietud humana extendida y arraigada	428
2. La alternativa es la lucha y el poder	428
3. La comprensión lo requiere.	428
4. Posibilita elaborar una nómina	429
5. Permite una jerarquización racional	429
6. Potencia la positivización y su uso	429
7. No es posible el control judicial justificado.	430
V. Conclusión	430

CAPÍTULO XXIII

ÉTICA JUDICIAL E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

I. Del juridicismo y la aplicación mecánica de la norma legal a la moralización del derecho y la creación interpretativa	434
II. La ética frente a la ineludible discrecionalidad judicial.	438
III. Los bienes que fundan las exigencias éticas judiciales	440
IV. Una norma de las exigencias éticas judiciales	443
1. Independencia	443
2. Imparcialidad	445
3. Conocimiento	446
4. Prudencia	446
5. Justicia.	447
6. Fortaleza	449
7. Honestidad	449
8. Decoro.	450
9. Secreto o confidencialidad	452
10. Cortesía o afabilidad	452
11. Diligencia	453
12. Transparencia, coherencia o buena fe.	454
13. Austeridad republicana	454
14. Responsabilidad	455
V. Ética de comportamientos o ética de virtudes	456
VI. Conclusión	457

CAPÍTULO XXIV

COMENTARIOS AL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL: “EL DERECHO Y LA INTERPRETACIÓN EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL”

I. Lo positivo	460
1. Las dudas sobre el Título Preliminar	460
2. “Ley” no es igual a “derecho”	460

3. La constitucionalización del derecho privado	461
4. Costumbre no contraria a derecho	461
5. No sólo reglas jurídicas	462
II. Lo confuso o problemático	462
1. El valor de la ley.	462
2. ¿Silogismo deductivo judicial?	463
3. ¿El derecho no es lo mismo que la ley?	463
4. El alcance de la interpretación	464
5. ¿Título dirigido a los jueces y título dirigido a los ciudadanos?	464
6. ¿Las fuentes del derecho?	464
III. Lo criticable y los silencios	465
1. Los casos y la equidad	465
1. El tímido reconocimiento a los principios.	466
3. La jurisprudencia como fuente	466
4. La importancia de la verdad	467
5. Las consecuencias olvidadas.	467
6. Las normas jurídicas no legales.	468
7. Soluciones razonables.	468
8. La argumentación.	469
IV. Balance final	469

CAPÍTULO XXV

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO.
PRESUPUESTOS IUSFILOSÓFICOS

I. Introducción.	471
II. La crisis del dogmatismo jurídico	472
III. Las notas del sistema tradicional	473
IV. Un novelista en cadena	474

CAPÍTULO XXVI

VIENTOS ACTUALES
EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

I. Rehabilitación de la razón práctica.	477
II. Disolución de los juridicismos	478
III. Acento aporético del derecho	478
IV. Diversidad de las fuentes del derecho	479
V. Fortalecimiento de la filosofía del derecho	479
VI. El papel privilegiado de la interpretación	480

VII. Debilitamiento del normativismo	480
VIII. Superación del ontologismo verbal.	481
IX. Del coactivismo al consenso	481
X. El individualismo jurídico	482
XI. Axiologismo jurídico	482
XII. La lógica deóntica	483