

El sentido del derecho

Autor: Manuel Atienza

Editorial Ariel /2012

www.librotecnia.cl

Índice

<i>Presentación</i>	19
CAPÍTULO 1. Por qué el Derecho	23
La ubicuidad del Derecho	23
El Derecho y el progreso	25
¿Son nuestras sociedades progresivas?	25
¿Vivimos en una sociedad justa?	27
La hipótesis del no Derecho	29
Marxismo y Derecho	29
¿Sociedades sin Derecho?	32
¿Qué es el Derecho?	33
Normas y autoridades	35
El Derecho y el conflicto	37
Grados de juridicidad	37
Conexión necesaria entre Derecho y conflicto	39
CAPÍTULO 2. Pero qué es el Derecho	41
Una cuestión difícil	41
Ordenamientos no estatales	41
Derechos primitivos	42
Derecho internacional	42
Derecho canónico	43
Derecho de grupos minoritarios	44
Variedades de perspectivas	45
operadores jurídicos: legisladores, jueces, abogados	45
estudiosos del Derecho	45
ciudadanos	47
Carácter práctico y valorativo del Derecho	48
Las definiciones en el Derecho	50
Definiciones legislativas	50
lexicográficas	50

estipulativas	50
redefiniciones	51
<i>Definiciones doctrinales y análisis conceptual</i>	51
<i>Definiciones "reales"</i>	54
el esencialismo lingüístico	54
sobre las naturalezas jurídicas	54
La definición de Derecho	55
<i>Tres nociones de definición</i>	55
<i>Palabras, conceptos y objetos</i>	55
designación y referencia	56
<i>¿Es posible una definición "real" de Derecho?</i>	57
conceptos sin referencia; tipos ideales	58
definiciones ostensivas	58
el significado de las palabras es convencional	58
<i>¿Qué son las definiciones?</i>	60
Problemas de ambigüedad y de vaguedad	61
<i>Derecho objetivo, derecho subjetivo, Ciencia del Derecho y justicia</i>	61
<i>¿se puede reducir el derecho subjetivo a Derecho objetivo?</i>	62
normas jurídicas y proposiciones jurídicas	63
<i>Vaguedad intensional y extensional</i>	63
Algunas conclusiones	65
un concepto complejo	65
errores a evitar	66
definición por género próximo y diferencia específica	66
algo más que una definición	67

CAPÍTULO 3. Derecho y normas 69

Normas y otras entidades jurídicas	69
<i>Qué significa "normativismo"</i>	69
<i>Alternativas al normativismo</i>	70
realismo jurídico	70
marxismo	70
iusnaturalismo	71
institucionalismo	71
Qué son las normas	72
<i>Variedades de normas</i>	72
<i>La función directiva del lenguaje</i>	72
<i>Validez, eficacia y justificación</i>	73
Normas y normas jurídicas	74
<i>Elementos de las prescripciones</i>	75
carácter	75
contenido	75
condición de aplicación	75
autoridad	75
sujeto normativo	75

ocasión	75
promulgación	75
sanción	76
<i>Moral social y moral crítica</i>	77
<i>Normas jurídicas y normas no jurídicas: criterios de distinción</i>	77
<i>Clases de normas jurídicas</i>	79
de mandato y permisos	79
abstractas y concretas	79
hipotéticas y categóricas	79
de origen deliberado y espontáneo	79
generales y particulares	79
retroactivas e irretroactivas	79
escritas y consuetudinarias	79
con sanción (negativa o positiva) y sin sanción	79
El Derecho como conjunto de normas	80
<i>Las normas jurídicas como normas coactivas</i>	81
las normas jurídicas genuinas según Kelsen	81
<i>Normas primarias y normas secundarias</i>	82
regla de reconocimiento, normas de cambio y normas de adjudicación o de juicio en Hart	82
El concepto de sistema jurídico	83
enunciados normativos y no normativos según Alchourrón y Bulygin	83
sistema deductivo, sistema normativo, sistema jurídico y orden jurídico	83
Reglas y principios	84
principios en sentido estricto y directrices (policies) en Dworkin	84
<i>Las normas como razones para la acción</i>	85
razones operativas y razones auxiliares	85
razones excluyentes	86
Las piezas del Derecho	87
<i>Tipos de enunciados jurídicos</i>	87
<i>Enunciados de carácter práctico y definiciones</i>	88
<i>Normas regulativas o deónticas: principios y reglas; normas de acción y de fin</i>	90
<i>Normas regulativas y normas constitutivas</i>	92
<i>La regla de reconocimiento</i>	95
 CAPÍTULO 4. Derecho y moral	 99
De las normas a la moral	99
<i>Conceptos normativos</i>	99
estática jurídica y dinámica jurídica	100
<i>Relaciones entre el Derecho y la moral</i>	101
terminológicas y conceptuales	101

desde la perspectiva de los operadores jurídicos: jueces y abogados	101
desde la perspectiva de los ciudadanos: la desobediencia civil	103
«mínimo ético»	104
Iusnaturalismo y positivismo jurídico	104
<i>La separación entre el Derecho y la moral</i>	104
como tesis empírica, conceptual y práctica	105
obediencia al Derecho y Derecho natural	106
obediencia al Derecho y positivismo jurídico	106
<i>"Si usted fuera presidente"</i>	108
<i>Características y tipos de iusnaturalismo y de positivismo</i>	
jurídico	112
coincidencias teóricas y prácticas	112
características del iusnaturalismo y del positivismo jurídico	112
tipos de iusnaturalismo: religioso y laico; Fuller y la moralidad interna del Derecho	114
tipos de positivismo jurídico: ideológico y metodológico; Hart y el contenido mínimo de Derecho natural	115
Qué es lo que queda	115
<i>El positivismo (y el iusnaturalismo) ideológico</i>	116
definición persuasiva y carga emotiva del lenguaje	116
<i>La crítica histórica al Derecho natural</i>	118
la positivización del Derecho y la juridificación de la moral	118
<i>¿Es aceptable la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral?</i>	120
el argumento etimológico	120
el fin intrínseco de una actividad	121
juicios internos y juicios externos	122
diferencias terminológicas	123
<i>La conexión (y la separación) necesaria entre el Derecho y la moral</i>	124
 CAPÍTULO 5. Derecho y poder	 127
Introducción	127
El concepto de poder	130
<i>Una noción compleja</i>	130
<i>Elementos del poder</i>	131
sujetos, objeto y fuentes del poder	131
<i>Tipos de poder</i>	133
económico, ideológico y político	133
Derecho y fuerza	121
<i>Conexión externa e interna</i>	133
<i>El origen del Estado</i>	135

<i>El Estado moderno</i>	137
el concepto de soberanía	137
lo público y lo privado	138
<i>Derecho y Estado</i>	139
el pluralismo jurídico	140
Derecho, consenso e ideología	141
Fuerza y consenso	141
Formas de legitimación del poder	142
autoridad carismática, tradicional y legal	143
legitimación y legitimidad	144
Sobre la noción de ideología	145
como sistema de ideas y como fenómeno de falsa conciencia	146
referida al conocimiento y a la realidad	146
Derecho y poder económico	148
Relaciones entre el Derecho y la economía	148
El análisis económico del Derecho	139
Conclusiones	152
El Derecho como forma del poder	153
Poder, dominación y Derecho	153
el poder como técnica de coordinación	154
el poder comunicativo	155
 CAPÍTULO 6. Las funciones del Derecho	 157
El análisis funcional del Derecho	157
Importancia del análisis funcional	157
desarrollo de la sociología del Derecho	159
pérdida o cambio de función del Derecho	159
funciones negativas	160
nuevas funciones	160
¿Qué significa "función social del Derecho"?	160
en sentido organicista	161
en sentido matemático: la eficacia social del Derecho	161
La concepción funcionalista y la concepción de la sociedad como conflicto	162
Las funciones sociales del Derecho	163
El Derecho como sistema de control social	163
supervisar y dirigir	163
comportamiento desviado: innovador, ritualista, apático y rebelde	164
formas de ejercer el control: <i>a priori</i> y <i>a posteriori</i> ; sobre las conductas deseadas y sobre las conductas indeseadas	168
control de los ciudadanos y de los órganos públicos	168
control social y reducción de la complejidad	169
De la función social a las funciones sociales del Derecho	170
La eficacia social de las normas jurídicas	171

<i>La concepción de la sociedad como conflicto y el Derecho</i>	173
Marx: función de dominación y función ideológica	174
Gumpowicz: la permanencia del conflicto	174
Dahrendorf: titularidades y provisiones; anomia social	175
Derecho y cambio social	176
<i>Formas de entender las relaciones entre el Derecho y el cambio social</i>	176
cambios jurídicos producidos por cambios sociales y viceversa	177
a nivel macroscópico y microscópico	177
cambios directos e indirectos	177
<i>Líneas de desarrollo del Derecho</i>	179
<i>Instancias jurídicas del cambio social</i>	182
legislación, jurisdicción y administración	182
condiciones que favorecen la implantación de nuevos modelos de conducta	183
 CAPÍTULO 7. Derecho, justicia y derechos humanos	 185
El concepto de justicia	185
<i>Justicia e igualdad</i>	185
justicia distributiva y conmutativa	185
igualdad de características y de trato; Perelman y la regla de justicia	187
igualdad en cuanto al proceso y en cuanto al resultado	188
igualdad política, igualdad ante la ley e igualdad en la ley	188
<i>Justicia y libertad</i>	190
libertad negativa, libertad positiva y libertad material o real	190
<i>Justicia y seguridad jurídica</i>	193
orden, certeza y seguridad en sentido estricto	193
Concepciones de la justicia	196
<i>Introducción</i>	196
ética descriptiva, ética prescriptiva y metaética	196
actos, normas, instituciones y agentes justos	198
concepciones cognoscitivistas y no cognoscitivistas	199
<i>La concepción iusnaturalista</i>	200
características	200
crítica	200
iusnaturalismo y derechos humanos	201
<i>La concepción de Kant</i>	202
imperativos hipotéticos y categóricos	203
formulaciones y características del imperativo categórico	203
críticas a Kant	204
<i>El utilitarismo</i>	204
caracterización y tipos	204
críticas al utilitarismo	205

<i>Concepciones historicistas de la justicia</i>	207
explicación y justificación histórica	207
la historia como tradición: la escuela histórica del Derecho	208
la concepción dialéctica de la historia: Hegel	209
la concepción de la justicia de Marx; la crítica a los derechos humanos	209
<i>La concepción de la justicia de J. Rawls</i>	211
posición originaria y velo de la ignorancia	211
los principios de la justicia	211
lo racional y lo razonable; el consenso por superposición	214
<i>La concepción discursiva: J. Habermas</i>	214
pretensiones de validez: verdad y corrección	215
discurso racional y situación ideal de diálogo	216
el principio de la ética discursiva	216
<i>La concepción comunitarista</i>	217
universalismo y particularismo ético	217
la crítica comunitarista	217
la crítica al comunitarismo	218
Justicia y derechos humanos	219
<i>Un consenso reciente</i>	219
<i>El concepto de derechos humanos</i>	221
derechos morales y derechos jurídicos	222
derecho subjetivo en sentido estricto, libertad, poder e inmunidad	223
dimensión valorativa de los derechos humanos	225
derechos humanos como criterios de validez del Derecho	226
vaguedad intensional: universalidad; inalienabilidad; carácter absoluto; individualizado	227
<i>La fundamentación de los derechos humanos</i>	230
pasos de la fundamentación moral	230
derechos humanos y relativismo moral	231
explicación histórica de los derechos humanos: derechos humanos y Estado de Derecho	232
garantía y universalidad de los derechos humanos; derechos humanos y democracia	233
fundamentación liberal: principios de inviolabilidad, de autonomía y de dignidad de la persona humana	235
fundamentación socialista: principio de las necesidades básicas, de cooperación y de solidaridad	236
 CAPÍTULO 8. Derecho y saberes jurídicos	237
Origen y desarrollo de la ciencia jurídica	237
<i>Derecho y ciencia del Derecho</i>	237
una ciencia nacional	238
<i>common law</i> y <i>civil law</i>	238

<i>Los primeros desarrollos de la Jurisprudencia</i>	239
la Jurisprudencia romana	239
los glosadores y los comentadores; <i>mos gallicus</i> y <i>mos italicus</i>	241
la formación del <i>common law</i>	242
la recepción del Derecho romano	242
el iusnaturalismo racionalista	243
<i>La ciencia jurídica moderna</i>	243
la escuela histórica del Derecho	244
la escuela de la exégesis	246
la Jurisprudencia analítica	246
<i>La revuelta contra el formalismo</i>	247
conceptual	248
jurisprudencial	249
legal	250
Ciencia del Derecho y saberes jurídicos	250
<i>Diferencias en relación con el objeto</i>	251
la teoría general del Derecho	251
la lógica jurídica	252
el Derecho comparado	253
la Historia del Derecho	254
<i>En relación con el método</i>	255
la sociología del Derecho	255
relaciones entre la dogmática jurídica y la sociología del Derecho	257
<i>Y en relación con la función</i>	258
¿ciencia o técnica?	259
dogmática jurídica técnica de la legislación e informática jurídica	259
la filosofía del Derecho	261
 CAPÍTULO 9. El Derecho como argumentación	 263
Derecho y argumentación	263
<i>Perspectivas de análisis del Derecho</i>	263
estructural	263
funcional	263
valorativo	264
<i>El enfoque argumentativo</i>	264
<i>Explicación y justificación</i>	266
la motivación de las decisiones	266
Qué es argumentar	268
Argumentación, líneas argumentativas y argumentos	268
<i>Tres concepciones de la argumentación</i>	270
formal	270
material	271
pragmática	273

<i>Buenos argumentos y argumentos falaces</i>	274
La argumentación jurídica	276
<i>Argumentación jurídica y argumentación judicial</i>	276
<i>Casos fáciles y casos difíciles</i>	277
justificación interna y justificación externa	277
tipos de casos difíciles	278
criterios de la racionalidad práctica	278
<i>De nuevo la moral</i>	279
límites de la racionalidad jurídica	279
Sobre la interpretación	280
<i>Qué es interpretar</i>	280
enunciado a interpretar, enunciado interpretativo y enunciado interpretado	281
<i>Métodos interpretativos</i>	282
criterios lingüísticos, sistemáticos, pragmáticos, teleológicos y valorativos	282
<i>Teorías de la interpretación</i>	283
formalistas y realistas	283
subjetivistas y objetivistas	283
 Capítulo 10. Concepciones del Derecho	 285
Introducción	285
<i>Concepciones y sentido del Derecho</i>	285
<i>Concepciones del Derecho del siglo XX</i>	286
El formalismo jurídico	288
<i>Dos nociones de formalismo</i>	288
<i>Características del formalismo</i>	289
El realismo jurídico	291
<i>Realismo jurídico en sentido amplio</i>	291
<i>El realismo jurídico americano</i>	293
instrumentalismo pragmático	293
el Derecho como conducta	293
positivismo metodológico y escepticismo axiológico	294
<i>El realismo jurídico escandinavo</i>	297
analogías y diferencias con el realismo americano	297
El normativismo	298
<i>Tipos de normativismo</i>	298
<i>El normativismo (positivismo) formulista: H. Kelsen</i>	299
la teoría pura del Derecho	299
el relativismo moral	301
<i>El normativismo (positivismo) analítico: H. Hart</i>	304
la separación conceptual entre el Derecho y la moral	305
punto de vista interno y externo	306
El iusnaturalismo	307
<i>El iusnaturalismo en el siglo XX</i>	307

<i>El Derecho natural procedimental: L. Fuller</i>	308
crítica al positivismo jurídico	309
un Derecho natural <i>sui generis</i>	310
El marxismo jurídico	311
<i>Marxismo fuerte y débil</i>	312
La situación actual	316
<i>Neiusnaturalismo</i>	317
<i>Teorías críticas del Derecho</i>	318
<i>El postpositivismo: R. Dworkin</i>	319
<i>El paradigma constitucionalista</i>	321
<i>El sentido del Derecho</i>	323
Bibliografía	327

www.librotecnia.cl