

JOSEP M. VILAJOSANA

**IDENTIFICACIÓN  
Y JUSTIFICACIÓN  
DEL DERECHO**

**Segunda edición**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN</b> .....	15
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	17
1. LA ACTIVIDAD FILOSÓFICA.....	17
2. LOS PROBLEMAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	19
3. EL ANÁLISIS CONCEPTUAL.....	20
4. PROBLEMAS DE IDENTIFICACIÓN Y DE JUSTIFICACIÓN .....	22
5. MÁS PREGUNTAS QUE RESPUESTAS .....	23

## PRIMERA PARTE

### IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

<b>CAPÍTULO I. ¿CUÁNDO EXISTE EL DERECHO EN UNA DETERMINADA SOCIEDAD?</b> .....	29
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	29
2. LA TESIS SOCIAL .....	30
2.1. Un modelo simple: unos mandan y otros obedecen .....	33
2.1.1. Soberano y hábito de obediencia.....	33
2.1.2. Algunas objeciones.....	34
2.2. Hacia un modelo más sofisticado .....	35

	Pág.
2.2.1. Hechos naturales y hechos sociales.....	35
2.2.2. Hechos convencionales .....	36
2.2.3. La creación de realidad social .....	38
3. CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS.....	39
3.1. La primera condición: la existencia de una regla de reconocimiento .....	39
3.1.1. La regla de reconocimiento como convención.....	40
3.1.2. La dimensión constitutiva de la regla de reconocimiento.....	43
3.1.3. La regla técnica para identificar el derecho.....	46
3.1.4. Identificación y autonomía del derecho .....	47
3.2. Algunas posibles objeciones .....	48
3.2.1. ¿Los principios existen al margen de las convenciones?.....	49
3.2.2. ¿Es posible una convención con desacuerdos? .....	50
3.3. La segunda condición: la eficacia general de las normas jurídicas .....	52
3.3.1. ¿Cuándo un sistema jurídico es eficaz?.....	53
3.3.2. Eficacia y autoridad.....	55
3.3.3. Eficacia y validez.....	57
4. CONCLUSIONES .....	59
<b>CAPÍTULO II. ¿ESTÁN RELACIONADOS EL DERECHO Y LA MORAL?</b> .....	<b>61</b>
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	61
1.1. Un vocabulario compartido.....	61
1.2. El contenido moral del derecho .....	62
2. LA TESIS DE LA CONEXIÓN NECESARIA.....	64
2.1. Una norma inmoral no puede ser jurídica.....	65
2.1.1. Planteamiento .....	65
2.1.2. Balance crítico.....	66
2.2. El derecho positivo tiene valor moral .....	67
2.2.1. Planteamiento .....	67
2.2.2. Balance crítico.....	69
2.3. El derecho como integridad .....	72
2.3.1. Planteamiento .....	72
2.3.2. Balance crítico.....	74

	Pág.
3. LA TESIS DE LA SEPARABILIDAD .....	76
3.1. El derecho no puede depender de la moral .....	77
3.2. El derecho no necesita depender de la moral.....	79
3.3. El derecho no debe depender de la moral .....	80
3.4. Balance crítico .....	85
4. CONCLUSIONES .....	86
<b>CAPÍTULO III. ¿ESTÁ EL DERECHO DETERMINADO? .....</b>	<b>89</b>
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	89
2. PROBLEMAS DE INDETERMINACIÓN .....	91
2.1. La interpretación jurídica.....	91
2.2. Problemas derivados del lenguaje.....	92
2.2.1. Ambigüedad .....	93
2.2.2. Vaguedad .....	94
2.2.3. La textura abierta del lenguaje .....	96
2.3. Lenguaje jurídico y lenguaje natural .....	98
2.4. Teorías de la interpretación jurídica.....	99
2.4.1. Concepción cognoscitivista.....	99
2.4.2. Concepción no cognoscitivista.....	103
2.4.3. Concepción intermedia.....	105
2.5. Vaguedad y moral: los conceptos esencialmente controvertidos .....	107
3. PROBLEMAS DE SUBDETERMINACIÓN: LAS LAGUNAS .....	109
3.1. La tesis de la plenitud del derecho.....	109
3.2. Integración de lagunas .....	111
4. PROBLEMAS DE SOBREDETERMINACIÓN: LOS CONFLICTOS NORMATIVOS .....	113
5. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS .....	114
5.1. Los principios jurídicos como pautas no concluyentes .....	115
5.2. Los principios como reglas ideales.....	116
5.3. La colisión de principios.....	117
6. CONCLUSIONES .....	119

SEGUNDA PARTE  
JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

<b>CAPÍTULO IV. ¿ESTÁ JUSTIFICADA LA OBEDIENCIA AL DERECHO?</b> .....	123
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	123
1.1. Obligación y autoridad.....	123
1.2. Legitimidad del Estado y obligación de obedecer el derecho ...	124
2. NUNCA SIN MI CONSENTIMIENTO.....	126
2.1. Consentimiento expreso.....	127
2.2. Consentimiento tácito .....	128
2.3. Consentimiento hipotético .....	129
3. HAY QUE JUGAR LIMPIO.....	130
3.1. Planteamiento .....	130
3.2. Tal como somos .....	131
3.3. ¿Se puede descartar el consentimiento? .....	133
4. NADIE ME PUEDE OBLIGAR A OBEDECERLE.....	135
4.1. El anarquismo ingenuo .....	135
4.2. El anarquismo filosófico .....	137
5. EL CONSENTIMIENTO NO IMPORTA .....	139
5.1. Siempre que las consecuencias sean buenas.....	140
5.2. Cuando la autoridad presta un servicio.....	142
5.2.1. Alcance del argumento .....	144
5.2.2. Problemas de interacción .....	145
5.3. Deber por definición .....	146
5.4. Deber institucional.....	147
5.4.1. Rasgos característicos .....	148
5.4.2. El compromiso común .....	149
5.4.3. La identidad social de las personas .....	152
5.5. Deber natural .....	154
5.5.1. Depende del derecho natural.....	155
5.5.2. Sólo si el Estado es justo.....	158
6. LA DESOBEDIENCIA CIVIL.....	161
6.1. Las características de la desobediencia civil.....	162
6.2. Otros tipos de desobediencia .....	165
6.3. La justificación de la desobediencia civil .....	166
7. CONCLUSIONES .....	168

	Pág.
<b>CAPÍTULO V. ¿ESTÁ JUSTIFICADA LA IMPOSICIÓN DE PENAS?</b>	171
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	171
2. RETRIBUIR.....	173
2.1. Algunos principios implicados .....	174
2.2. ¿Está justificado? .....	176
3. DISUADIR.....	178
3.1. Los factores de la disuasión .....	179
3.2. La aversión al riesgo .....	181
3.3. Tratar instrumentalmente al delincuente.....	183
3.4. La paradoja de la disuasión perfecta.....	184
4. INCAPACITAR.....	185
4.1. ¿Cómo impedir la comisión de delitos?.....	185
4.2. ¿Está justificado? .....	186
5. REHABILITAR .....	187
5.1. El énfasis en el delincuente.....	187
5.2. Violador compulsivo y castración química.....	190
6. EL DESAFÍO DEL DETERMINISMO.....	192
6.1. Algunas preguntas inquietantes .....	192
6.2. Razones que avalan la verdad del determinismo .....	193
6.3. ¿La pena que menos se merece es la que más disuade? .....	196
6.4. ¿Cómo hacer frente al desafío?.....	198
7. ¿ES POSIBLE COMPATIBILIZAR EL RETRIBUCIONISMO CON EL UTILITARISMO?.....	201
7.1. Merecimiento limitado por la utilidad .....	202
7.2. Utilidad limitada por el merecimiento .....	203
7.3. El principio de retribución en la distribución .....	204
7.4. La justificación de la pena por el propio interés .....	206
8. CONCLUSIONES .....	207
 <b>CAPÍTULO VI. ¿ESTÁ JUSTIFICADO IMPONER JURÍDICAMENTE LA MORAL?</b> .....	 209
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	209
1.1. Moral positiva y ética normativa.....	210
1.2. Dos problemas distintos.....	211
2. LA IMPOSICIÓN DE LA MORAL POSITIVA Y EL PROBLEMA DE LA MORALIZACIÓN DEL DERECHO.....	212

	Pág.
3. LA IMPOSICIÓN DE LA MORAL CRÍTICA Y EL PROBLEMA DEL PERFECCIONISMO.....	215
3.1. El ideal moral.....	215
3.2. El plan de vida ideal .....	217
3.3. ¿Desear ser autónomo es un plan de vida? .....	218
3.4. ¿Puede ser neutral el Estado? .....	219
4. LA CONCEPCIÓN LIBERAL DE LA SOCIEDAD .....	219
4.1. El principio de autonomía de la persona.....	219
4.1.1. El aspecto interno de las preferencias .....	219
4.1.2. El grado de autonomía.....	221
4.2. El principio de inviolabilidad de la persona .....	222
4.3. El principio de dignidad de la persona .....	223
4.3.1. El respeto por las decisiones, creencias y opiniones personales .....	223
4.3.2. El elemento expresivo de las instituciones.....	225
5. LAS MEDIDAS PATERNALISTAS .....	227
5.1. Diferencias con las medidas perfeccionistas .....	227
5.1.1. La justificación de la educación obligatoria.....	228
5.1.2. Educar al ciudadano .....	229
5.1.3. Problemas de interacción .....	231
5.1.4. El valor de la comunidad.....	232
5.2. Razones en contra del paternalismo .....	233
5.2.1. El argumento utilitarista .....	233
5.2.2. El argumento del respeto a la autonomía de la persona .....	235
5.2.3. El argumento de la violación del principio de igualdad.....	236
5.3. Condiciones del paternalismo justificado .....	237
5.3.1. Sólo para incompetentes básicos.....	237
5.3.2. Sólo con interés benevolente .....	239
5.3.3. Supuestos de paternalismo injustificado .....	240
6. CONCLUSIONES .....	241
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>243</b>